Martin

Vorlesungen

über die

Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes.

Zweiter Band.

Vorlesungen

über

die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes,

gehalten auf den Universitäten

Göttingen, Heidelberg und Jena

von

Dr. Christoph Martin,

Großherzogl. Sachsen-Weimarischem Geheimen Justizrathe, nichtakademischem Mitgliede des Gesammt-Oberappellationsgerichts zu Jena, Comthur zweiter Classe des Sachsen-Ernestinischen Hausordens.

Herausgegeben unter dessen Mitwirkung

von seinem Sohne

Dr. Theodor Martin,

Großherzogl. Sächs. Justizamtmanne zu Creuzburg.

Zweiter Band.

Leipzig:

F. A. Brockhaus.

1857.

Dritte Hauptabtheilung.

Von der Rechtsverfolgung selbst.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Grundsätze.

Zweite Unterabtheilung.

Von den Proceßhandlungen in ihrer Verbindung untereinander.

§. 122 und 123.

I. Zusammenhang der Proceßhandlungen.

α) Ueberhaupt.

I. Sowie man beim Aufführen eines Gebäudes schon vorbereitete Baumaterialien voraussetzt, so mußte auch der Zusammensetzung des Proceßgebäudes die Kenntniß der einzelnen Bestandtheile vorhergehen, durch deren Verbindung ein Ganzes hervorgebracht werden soll.

Die Materialien zum Baue sind bisher vorbereitet worden, jetzt darf man nur den Plan des Gebäudes richtig auffassen, um danach die einzelnen Bestandtheile zusammenfügen und das Gebäude selbst aus ihnen aufführen zu können. Der Plan selbst aber muß sich nach dem letzten Zwecke des Gebäudes richten. Bei einem jeden Civilprocesse ist als solcher, wie bereits oben (§. 15, I., S. 121 fg.) gezeigt worden ist, kein anderer zu betrachten, als die Anwendung gerichtlicher Hülfe zum Schutze des streitigen oder verletzten Rechts zu erlangen, so daß sowol im or-

dentlichen wie im summarischen Processe überall eigentlich nur die Executionsinstanz bezweckt wird. Da aber das Gericht, ehe es die Hülfe des Staats gewährt, von der Gerechtigkeit der zu schützenden Ansprüche zuvor überzeugt sein muß, so ist es nothwendig, daß den Handlungen zur Vollstreckung der Zwangsmittel, der Executionsinstanz, ein vorbereitender Abschnitt des gerichtlichen Rechtsstreits, in welchem alle diejenigen Handlungen vorkommen, die auf Anerkennung des streitigen Rechts von Seiten des Staats gerichtet sind [1]), vorangehe. Man hat es jedoch von jeher bedenklich gefunden, das Wohl und Wehe der Parteien von den Verfügungen eines einzigen Gerichts unbedingt abhängig [2]) zu machen, deshalb schließt sich an jene beiden Abschnitte eines gerichtlichen Rechtsstreits möglicherweise ein dritter Abschnitt von Proceßhandlungen an, dessen Zweck dahin geht, die Verfügungen und das Benehmen des im einzelnen Falle thätigen Gerichts zum Besten derjenigen Partei nochmals einer Prüfung zu unterwerfen, welche sich durch solche Verfügungen in ihrem Rechte gekränkt glaubt und dies auf gehörige Weise zu erkennen gibt. Es bildet daher außer der Executionsinstanz und dem vorbereitenden Theile die Instanz der Rechtsmittel nicht selten einen Bestandtheil des Rechtsstreits.

II. Die drei hier genannten Abschnitte eines bürgerlichen Rechtsstreits müssen jedoch nicht nothwendigerweise in jedem einzelnen Falle vorkommen, und können deshalb nicht sämmtlich als absolut wesentlich betrachtet werden [3]). Denn der Gebrauch der Execution und der Rechtsmittel hängt von gewissen Voraussetzungen oder Bedingungen ab, welche nicht in jedem Falle eintreten, so daß jene Abschnitte nur als bedingt wesentliche betrachtet werden können. Dahingegen macht ein vorbereitender Abschnitt den

---

1) Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 193, nennt nur das erste Verfahren das vorbereitende, und trennt davon das zweite oder Beweisverfahren. Ebenso Schmid, Handbuch des Civilprocesses, II, 1. Auch Bayer, Civilproceß, 8. Aufl., S. 520, scheidet das erste vom Beweisverfahren, als gesonderte Abschnitte des Processes.

2) L. 1 pr. D. de appellat. (49, 1); L. 20 C. eod. (7, 62); Cap. 11, X. de appellat. (2, 28). — Siehe oben §. 43, S. 295; §. 66, S. 401.

3) Gönner, Handbuch, II, Abhandl. 27, §. 8—21. Bayer, a. a. O., S. 522.

Anfang eines jeden Processes, und ist so absolut wesentlich, daß ohne ihn sich gar kein gerichtlicher Rechtsstreit denken läßt. Denn wollte man mit der Execution anfangen, so würde das bekanntlich ein tumultuarisches Verfahren abgeben, welches im Rechtssinne als gar nicht vorhanden, als juristisch null und nichtig betrachtet wird (§. 15, Note 1, S. 121). Daß aber die Instanz der Rechtsmittel nie den Anfang machen kann, sondern stets vorbereitende Schritte, wenn auch nur wenige voraussetzt, ergibt sich schon daraus, daß ein Rechtsmittel ohne eine Beschwerde gar nicht denkbar ist, diese aber nur in richterlichen Schritten gefunden werden kann.

III. Läßt sich nun gleich auf diese Art die geringste Anzahl der Abschnitte, welche bei einem gerichtlichen Rechtsstreite vorkommen müssen, im Allgemeinen bestimmen, nämlich nur allein der vorbereitende Proceßtheil (welcher selbst nicht einmal ganz durchgeführt zu sein braucht, z. B. bei nachfolgenden Vergleichen), so läßt sich dagegen doch die höchst mögliche Zahl jener Abschnitte in dem nämlichen Rechtsstreite nach einer durchgehends richtigen Bestimmung nicht angeben. Denn obgleich es andere Arten von Proceßabschnitten in Civilsachen nicht gibt, so kann doch jeder der drei genannten Abschnitte in einem einzigen Rechtsstreite mehrmals angewendet werden. Bei dem vorbereitenden Proceßtheile ist dies der Fall, wenn außer der Hauptsache noch Incidentfragen in demselben Processe vorkommen, weil alsdann über jede solche gerade so, wie über die Hauptsache, ein präparatorisches, bald ordentliches, bald summarisches Verfahren stattfinden muß. Noch häufiger werden Rechtsmittel in demselben Processe nach und nach mehrmals gebraucht, wenn durch verschiedene Schritte des Gerichts, zu verschiedenen Zeiten, verschiedene Beschwerden veranlaßt werden, oder wenn die nämliche Beschwerde nicht gleich durch das erste Rechtsmittel gehoben wird, es aber noch andere Rechtsmittel gibt, die zu denselben Zwecken angewendet werden können, wie z. B. die Oberappellation nach vergeblich versuchter Appellation. — Sogar die Execution kann in dem nämlichen Rechtsstreite mehrmals vorkommen, bald, weil mehre Ansprüche mit einander cumulirt waren, die nur nach und nach liquid werden, so daß wegen eines jeden dieser Ansprüche zu einer andern

Zeit Anträge auf Execution erfolgen[4]); bald aber auch bei einer einzigen Forderung, welche gerichtlich verfolgt ist, wenn am Schlusse des ganzen Processes zwar der Hauptanspruch, z. B. ein vindicirtes Grundstück, dem Kläger unstreitig gebührt und durch Execution verschafft werden muß, dagegen die zugleich damit verlangten Accessionen an Früchten und Proceßkosten erst noch einer weitern Liquidation bedürfen und eben deshalb nicht gleichzeitig mit der Hauptsache beigetrieben werden können.

§. 124—126.

β) Insbesondere:

A. Vom vorbereitenden Theile: a) dessen Unterabtheilungen, und zwar

1) in Anwendung auf die Festsetzung der Streitfrage.

I. Sowie das ganze Proceßgebäude nach seinen Abschnitten in eine Uebersicht gebracht worden ist, so muß dies auch mit jedem einzelnen Abschnitte geschehen; es müssen die zu einem jeden gehörenden Einrichtungen entwickelt, und namentlich diejenigen, welche nothwendig oder wesentlich sind, hervorgehoben werden. — In demjenigen Abschnitte des Civilprocesses aber, welcher der vorbereitende genannt wurde, ist nun zwar die Zahl der richterlichen und der Parteihandlungen, welche darin vorkommen können, sehr groß, allein nur die wenigsten derselben sind unbedingt und allgemein, d. h. in jeder Proceßart und unter allen Umständen des einzelnen Falles wesentlich. Zu diesen gehören: 1) ein Klagvortrag, 2) dessen gehöriges Gelangen zur Kenntniß des Gerichts oder zu den Acten, und 3) eine richterliche Verfügung, welche sich über denselben ausspricht. Denn heutigen Tags nimmt jeder Rechtsstreit nicht mehr, wie bei den

---

4) Arg. L. 21 D. de reb. credit. (12, 1). Quidam existimaverunt neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat judicio persequi, sed in utraque causa humanius facturus videtur Praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur.

Römern [1]), durch die zweiseitige Handlung der eigentlichen Litis-contestation seinen Anfang, sondern beginnt schon durch das einseitige Anbringen der Klage bei Gericht und die darauf erlassene richterliche Verfügung [2]). — Daß aber, abgesehen davon, jene drei Schritte unentbehrlich sind, um den heutigen Anfang des Rechtsstreits zu bezeichnen, ergibt sich in Ansehung der Klage deshalb ohne Weiteres, weil in Folge des Verhandlungsprincips kein Rechtsstreit von Amtswegen begonnen werden kann (§. 16, S. 125 fg.). Nur darf man sich unter der Klage nicht eine formelle und schriftliche Ausführung des Anspruchs des Klägers denken, welche im summarischen Verfahren sehr häufig fehlt, vielmehr reicht es schon aus, wenn eine materiell genügende Aufforderung an das Gericht vorhanden ist, einer bestimmten Partei wider ihren Gegner zu ihrem Rechte zu verhelfen. Ist aber eine solche Klage vorhanden, dann muß dieselbe entweder, insofern sie mündlich vorgetragen wurde, zu Protokoll niedergeschrieben werden, oder es muß, wenn der Vortrag schriftlich erfolgte, dieser gehörig zu den Acten genommen sein, weil nach Kanonischem Rechte nur ein solches Verfahren rechtsbeständig ist, worüber sich die gehörigen schriftlichen Aufsätze bei Gericht befinden (§. 18, Note 2, S. 146). Endlich ist die Abfassung und rechtsgültige Bekanntmachung des richterlichen Beschlusses auf die eingegangene Klage deshalb in jedem Falle als unentbehrlich zu betrachten, weil durch das bloße Anbringen der Klage ohne Mittheilung an den Gegner auch noch heutigen Tags kein Rechtsstreit vor Gericht würde angefangen und keine rechtliche Folge für die Partei daraus würde hergeleitet werden können. Es ist aber dieser rich-

---

1) L. 14, §. 1 C. de judiciis (3, 1) — cum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem; L. 3, §. 11, D. de pecul. (15, 1); L. 22 D. de tutelae et rationibus (27, 3). v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, §. 23. Keller, Litiscontestation, S. 127 fg. So auch nach älterm Kanonischen Rechte, Cap. un. i. f. X. de lit. contest. (2, 5) — cum non per positiones etc. sed per petitionem in jure propositam et responsionem secutam contestatio litis fiat.

2) Clem. 2, ut lite pendente nihil innov. (2, 5) — litem, quoad hoc pendere censemus, postquam a judice competenti in ea citatio emanavit et ad partem citatam pervenit, vel per eam factum fuit quo minus ad ejus notitiam perveniret.

terliche Beschluß theils in der angezogenen Stelle des Kanonischen Rechts ausdrücklich vorgeschrieben, theils für den Verklagten seines eigenen Rechtsverhältnisses wegen nothwendig, um davon unterrichtet zu sein, wenn eine Klage gegen ihn erhoben wurde, theils aber auch für den Kläger selbst von großer Wichtigkeit, z. B. um eine im Ablaufe begriffene Extinctivverjährung zu unterbrechen.

II. Mehr als jene drei Schritte kann man jedoch nicht für absolut nothwendig erachten, um ein vorbereitendes Verfahren als vorhanden anzunehmen. Denn wenn es sich auch sehr häufig ereignet, daß ein Beklagter, welchem vom Richter eine für statthaft erachtete Klage zur Beantwortung mitgetheilt wird, den Kläger sogleich befriedigt und deshalb ein weiterer gerichtlicher Schritt in diesem Falle nicht vorkommt, so läßt es sich doch nicht bezweifeln, daß ein gerichtlicher Rechtsstreit hier überhaupt existirt habe. In andern Fällen aber, wo die erhobene Klage ohne alle Vertheidigung von Seiten des Beklagten sogleich im ersten Decrete zurückgewiesen wird, sei es in der angebrachten Maße oder für immer, und der Kläger sich hierbei beruhigt, ist ebenfalls ein Rechtsstreit vorhanden gewesen, nur hat derselbe auch alsbald sein Ende erreicht. Am wenigsten darf man mit den ältern Juristen die eigentliche Citation des Beklagten als absolut wesentlich betrachten (§. 17, S. 143). Denn diese fällt nicht nur in den eben erwähnten Fällen einer sofort abgewiesenen Klage ganz weg, sondern kommt auch in vielen summarischen Proceßarten gar nicht vor, so besonders im Mandatsprocesse und selbst im ordentlichen Processe ist jetzt eine wahre Vorladung des Beklagten nicht mehr vorgeschrieben, seitdem hierbei ein schriftliches Verfahren die Regel ist; es genügt vielmehr für dieses Verfahren ein sogenanntes Communicativdecret. Endlich würde auch zum Beginn eines Rechtsstreits eine ohne richterliches Decret nur aus eigenem Antriebe erfolgte Beantwortung der zur Kenntniß des Beklagten gelangten Klage, sobald damit nicht eine reelle Befriedigung des Klägers verbunden ist, nicht genügen, weil immer das Decret fehlen würde, durch welches eine peremtorische Frist, binnen welcher der Beklagte seine vollständige Einlassung und sämmtlichen Einwendungen gegen die Klage vorzubringen hätte, fehlen würde.

III. Sollte dagegen die Bedingung eintreten, daß ein so-

weit bereits eingeleiteter Rechtsstreit auch wirklich fortgesetzt würde, weil sich der Beklagte zur Befriedigung des Klägers nicht veranlaßt fühlte, die Klage aber nicht sogleich abgewiesen, oder eine solche Abweisung in Folge einer Appellation wieder abgeändert wurde: alsdann lassen sich auch für den präparatorischen Theil weitere wesentliche Schritte im Civilproceßverfahren, welche jedoch nur bedingt wesentlich sind, aufzählen. Es muß hierbei jedoch dann der Unterschied zwischen den gemeinschaftlichen und den eigenthümlichen Bestandtheilen je nach Verschiedenheit der Proceßart und des besondern Ganges der einzelnen Sache ins Auge gefaßt werden. Als allgemein wesentlich läßt sich eine Litiscontestation im heutigen Sinne nicht bezeichnen, weil es einige summarische Proceßarten gibt, in welchen eine solche weder gefordert noch zugelassen wird, z. B. bei dem unbedingten Mandatsprocesse. Aber auch der Beweis gehört nicht uneingeschränkt zu den allgemein wesentlichen Bestandtheilen eines Civilprocesses, sobald man nämlich darunter die besondern Proceßschritte versteht, durch welche eine Partei den Richter von der Wahrheit derjenigen Thatsachen, die im einzelnen Falle streitig geworden sind, einseitig zu überzeugen sich bemüht (§. 127 des Comp.). Denn eine solche Beweisführung kann nicht einmal im ordentlichen Processe als unbedingt nothwendig betrachtet werden, weil sie dann überall nicht vorkommt, wenn beide Theile über die Thatsachen einverstanden und nur Rechtsfragen zu entscheiden sind, bei welchen nach dem Sprachgebrauche des Processes Beweis nie geführt wird [3]). Sobald man dagegen den Ausdruck Beweis in der andern Bedeutung nimmt und darunter nur die Gründe versteht, durch welche den Gesetzen gemäß ein Gericht veranlaßt werden kann, Thatsachen, welche im einzelnen Falle erheblich sind, als wahr zu betrachten und seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, so ist allerdings zu behaupten, daß keine Art richterlicher Verfügung, wodurch etwas über die Rechte und Pflichten der Parteien festgesetzt wird, ohne dergleichen Gründe zulässig sei. Denn ohne diese Voraussetzung

3) Cap. 44 X. de appell. (2, 28) — cum frequenter juris quaestio moveatur, cujus (apud nos) probationes necessariae non existunt. Siehe Comp., §. 124, Note b. Planck, Beweisurtheil, S. 254 fg.

kann kein richterlicher Syllogismus rechtsbeständig sein, und selbst in dem Falle, wenn die erhobene Klage sogleich zurückgewiesen wird, fehlt es an diesen Gründen nicht, weil der Richter berechtigt ist, die eigene Erzählung des Klägers, mit Rücksicht darauf, daß jede Partei verpflichtet ist, die Wahrheit zu sagen (§. 38, III., S. 252), als eine Art Geständniß zum eigenen Nachtheile, der Zurückweisung der Klage zu Grunde zu legen. Darum ist der Beweis in diesem Sinne das bedingt wesentliche, gemeinschaftliche Erforderniß aller Proceßarten und jedes einzelnen Rechtsfalles.

IV. Alle andern Proceßschritte des vorbereitenden Theiles sind dagegen mehr zufällig oder doch nur individuell nothwendig. Es gilt dies besonders aber von allen denjenigen Schritten, durch welche die Festsetzung der Streitfrage erfolgt, d. h. dem Gerichte Kenntniß davon gegeben wird, was eigentlich im einzelnen Falle seiner Entscheidung bedürfe, ob es eine Rechts- oder eine Thatfrage sei, oder ob beides, und ob nur eine oder mehre Fragen hier zu entscheiden seien. Denn unter der Streitfrage hat man entgegen andern Auffassungen [4]) diejenigen Ansprüche und Vertheidigungen nebst den zu deren Begründung dienenden Behauptungen der streitenden Theile zu verstehen, welche diese einander nicht einräumen, die also einer richterlichen Entscheidung bedürfen. Diese Streitfrage nun sollte sich, wenn die Parteien und deren Advocaten stets ihre Pflicht thäten, durch die heutige Litiscontestation (nicht blos auf die Klage, sondern auch auf jede Einrede), mithin durch das Wechselgehör von selbst feststellen und ergeben. Allein nur zu häufig ist dies nicht der Fall, weil die Parteien sich über Thatsachen gar nicht oder aber zweideutig, sei es nun aus Unwissenheit oder Bosheit, erklären. Darum haben das Kanonische Recht und die Reichsgesetze [5]) den

4) Gönner, a. a. O., II, 178, nennt Streitfrage, status controversiae, die „Richtigkeit des Gesichtspunktes, aus welchem ein factum betrachtet wird". Borst, Grundlinien für die Gesetzgebung im Civilproceß, §. 20. Streitstand: „was und wieviel Kläger fordert und der Beklagte einräumt oder leugnet, und welche Gründe jeder Theil für sein Fordern oder Bezweifeln angibt." — Vergl. Bayer, a. a. O., S. 520.

5) Cap. 10 X. de fide instrum. (2, 22) — non obstante, quod ipsa interrogatio facta fuerit postquam extitit in causa conclusum, cum judex (qui usque ad prolationem sententiae debet universa rimari) possit

Gerichten die Befugniß ertheilt, in jeder Lage des Rechtsstreits die zur Aufklärung des relevanten Thatbestandes dienenden Fragen den Parteien zur Beantwortung vorzulegen, also eine positive Thätigkeit behufs der Proceßleitung gegen die allgemeine Regel auszuüben und den Gefragten bei Meidung der Strafe des Ungehorsams (Comp., §. 318, Note e) zur Antwort zu veranlassen. Es müssen daher noch heutigen Tags die Parteien durch interrogationes in jure von Seiten des Gerichts veranlaßt werden, zweifelhafte Aussagen durch bestimmte zu ersetzen, bis das Gericht nöthigenfalls zu einer Fiction berechtigt ist, welche in solchen Fällen das Mangelhafte ergänzt. Die Veranlassung zu dergleichen Fragen mögen allerdings die im Römischen Rechte üblichen gegeben haben, welche ursprünglich als actiones interrogatoriae vorkamen, dann als solche ungewöhnlich und in richterliche Fragen verwandelt, im Mittelalter aber durch die Positionen [6]) der Parteien ersetzt wurden (§. 100, S. 506); allein die Form der eigentlichen Frage ist nicht mehr beibehalten, vielmehr pflegen solche Aufklärungen durch proceßleitende Decrete, in welchen die zu beantwortenden Punkte speciell hervorgehoben sind, veranlaßt zu werden. Alle dergleichen Schritte sind jedoch nur etwas Zufälliges und werden nur selten in Anwendung gebracht. — Zu den bedingt wesentlichen, eigenthümlichen Bestandtheilen eines Rechtsstreits sind ferner noch diejenigen **Schritte der gerichtlichen Proceßleitung** zu rechnen, wodurch für die Thätigkeit der Parteien die nöthigen Zeit- und Ortsbestimmungen vorgeschrieben, die entsprechenden Präjudicien angedroht und nöthigenfalls realisirt werden. Alles was auf solche Weise zur Verhandlung kommt, wird entweder actenmäßig gemacht oder zu den

---

interrogare de facto quotiens dubitationis aliquid occurrit. Jüngster Reichsabschied, §. 41 a. E., — wie denn auch dem Richter das Arbitrium auff einen oder den andern oder auff allen Punkten die Antworten in jedem Theil des Gerichts zu erfordern, frei und unbenommen bleibet. **Zimmern**, Römischer Civilproceß, §. 125, 145. v. **Bethmann-Hollweg**, Versuche, S. 276 fg. Archiv für civil. Praxis, XX, 392—401; XXV, 208 fg.

6) Cap. un. X. de litiscontest. (2, 5); Cap. 1, 2, de conf. in VI[to] (2, 9); Clem. 2 de V. S. (5, 11). Jüngster Reichsabschied, §. 41, 49. **Glück**, Commentar, XI, §. 747—49. **Albrecht**, Exceptionen, S. 148. v. **Savigny**, System, VII, §. 747—49.

Acten genommen und dem Gegner mit den für die einzelne Sache passenden Aufforderungen zugefertigt. — Endlich muß hierher noch, vorausgesetzt, daß der Rechtsstreit nicht auf eine ungewöhnliche Weise, z. B. durch Vergleich, erledigt wird, das **Endurtheil**, durch welches die definitive Regulirung des Rechtsstreits erfolgt, die wahre Sentenz, gezählt werden. Diese fehlt sonst nur bei dem Mandatsprocesse alsdann, wenn das ergangene Mandat ein unbedingtes ist und weder befolgt noch angefochten wird, so daß ein blos einseitiges Verfahren stattfindet, in welchem bekanntlich Urtheile nicht vorkommen können (§. 106, S. 538).

§. 127.

Angewendet, 2) auf das Beweisen.

A. Im Allgemeinen.

I. Was die Lehre vom Beweise [1]), als eines bedingt wesentlichen, gemeinschaftlichen Bestandtheils der Rechtsstreitigkeiten, betrifft, so ist dabei zu erinnern, daß der Gegenstand aller Beweise im Civilprocesse nur Thatsachen in dem oben (§. 16, S. 134 fg.) angegebenen, umfassenden Begriffe sind. Diese Thatsachen aber, welche von den Parteien behauptet werden, um ihre Ansprüche darauf zu stützen, müssen entweder gegenwärtig noch fortdauern oder bereits vergangen, nicht aber zukünftig [2]) und noch weniger blos möglich sein, weil die beiden letztern Arten dem Richter nichts angehen (§. 20, 21, S. 152). In Bezug auf diese Objecte muß nun das Gericht, sobald die Parteien hinsichtlich der vorgetragenen Thatsachen nicht einverstanden mit einander sind, verlangen, daß durch andere rechtlich genügende Gründe die Wahrheit dieser Thatsachen vor allen Dingen ins Licht gesetzt werde, weil jedes Gericht als solches, sich in völliger

---

1) Außer den im Compend., Note *) citirten Schriftstellern, **Planck**, Lehre vom Beweisinterlocute (Göttingen 1849).

2) L. 35 D. de judic. (5, 1). Non, quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse, vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti potest esse, vel de rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt.

Ungewißheit der Thatsachen so lange befinden muß, als nicht rechtlich genügende Ueberzeugungsgründe dafür aus den Acten hervorgehen. Wäre aber ein Einverständniß der Parteien vorhanden, dann würde von einem Beweise überhaupt nicht die Rede sein können, weil einmal alles Factische zu den Gegenständen gehört, worüber die Parteien zu disponiren befugt sind, ohne daß das Gericht einer solchen Disposition in den Weg treten könnte, weil ferner in einer solchen übereinstimmenden Erzählung ein Geständniß enthalten ist und dieses den wichtigsten Beweisgrund bildet, weil endlich ausdrückliche Gesetze [3]) bestimmen, daß nichts zum Beweise ausgesetzt werden soll, worüber die Parteien nicht in Ansehung des Vortrags von einander abweichen. — In Bezug sodann auf die Art und Weise des Beweises solcher Thatsachen muß aber eine dreifache Frage beantwortet werden: 1) welches, abstract genommen, die möglichen, also rechtlich zulässigen Gründe sind, wodurch ein Civilrichter die streitige Thatsache in ihrer richtigen Gestalt kennen lernt, um in dieser Beziehung sein Amt verwalten zu können — es bildet dies die Lehre von den Beweisgründen; 2) die Frage: auf welche Weise die abstract möglichen Gründe in Beziehung auf den einzelnen Fall zu den Acten benutzt werden — dies bildet die Lehre von der Beweisführung; endlich 3) welcher juristische Werth und Erfolg den im einzelnen Fall benutzten Beweisgründen für die Rechtssache selbst zuzuschreiben ist; Beweis in dritter Bedeutung. (Siehe Compendium.)

II. In dieser letzten Hinsicht sind aber zwei Grade des Erfolgs der benutzten Beweisgründe zu unterscheiden, einmal solche, welche eine Gewißheit hervorbringen, und sodann solche, welche nur eine Wahrscheinlichkeit veranlassen können. Der Zweck eines jeden Beweises geht im Allgemeinen dahin, dem Gericht über diese streitigen Thatsachen womöglich Gewißheit zu verschaffen oder wenigstens eine Wahrscheinlichkeit beizubringen, welche hinreicht, damit das Gericht seine Schritte hiernach als rechtlich begründet abmessen könne. Unter Gewißheit versteht man nach den Regeln der Logik den Fall, in welchem für irgend eine Thatsache so viele und so starke Gründe beigebracht sind, daß man

3) L. 56 D. de re judic. (42, 1). Jüngster Reichsabschied, §. 50.

das Gegentheil davon nicht wohl denken kann. Man bezieht also diesen Ausdruck auf eine Person, welche im Stande wäre das Gegentheil zu denken, und bezeichnet dadurch einen subjectiven Zustand der Erkenntniß irgend eines Individuums, hier des Richters, welchem dergleichen Gründe vorgelegt worden sind. Objectiv dagegen genommen, also ohne Rücksicht auf die zu überzeugende Person, nennt man den Inbegriff so starker Gründe von einer Thatsache, daß das Gegentheil davon nicht existiren kann, Wahrheit. Beide aber, Wahrheit und Gewißheit, werden eine mathematische oder absolute genannt, so oft an der Stärke der Gründe nichts fehlt. Sobald dagegen, ungeachtet aller für eine Thatsache sprechenden Gründe, die Möglichkeit einer andern Beschaffenheit nicht ausgeschlossen ist, wird nur von Wahrscheinlichkeit in objectiver Beziehung geredet, sollte gleich keine andere Veranlassung existiren, eine solche andere Beschaffenheit als wirklich vorhanden anzunehmen, vielmehr auch ein Uebergewicht der vorhandenen Gründe für die Thatsache, sowie sie als wahrscheinlich angenommen wird, sprechen. — Bezieht man diese Wahrscheinlichkeit aber auf den subjectiven Zustand einer bestimmten Person, welche eine solche Art von Kenntniß besitzt, so wird dieser Vermuthung genannt.

III. So wenig man nun in andern historischen Wissenschaften, z. B. der Theologie, oder im gemeinen Leben eine mathematische Gewißheit verlangt, um die wichtigsten Sätze für wahr zu halten und darnach Entschlüsse zu fassen, ebenso wenig hat die Civilgesetzgebung hinsichtlich der Rechtspflege eine solche absolute Gewißheit gefordert, wie dies schon aus den einzelnen Gründen sich ergibt, aus welchen die Gesetze den Richter anweisen, eine Gewißheit als vorhanden anzunehmen. Hieraus folgt, daß die Civilgerichte eigentlich mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit im Sinne der Logik zufrieden sein müssen, um bei Behandlung gerichtlicher Geschäfte ihre pflichtmäßige Thätigkeit eintreten zu lassen. In Bezug auf diese allgemeine Wahrscheinlichkeit kommt es am wenigsten darauf an, der Gegenpartei des Beweisführers ebenfalls die Ueberzeugung von der Richtigkeit des Bewiesenen zu verschaffen, nach dem Satze: judici fit probatio, non partibus; vielmehr nur darauf, ob im einzelnen Falle soviel Gründe vorhanden sind, daß die vorliegende Thatsache

nach den Gesetzen für wahr gehalten werden muß. Sobald daher die gesetzlichen Erfordernisse dieser Wahrscheinlichkeit im einzelnen Falle vorhanden sind, müssen auch die Gerichtspersonen, insofern sie als solche handeln und erkennen, sich als von einer Thatsache überzeugt benehmen, ohne daß sie zu verlangen befugt wären, auch als Menschen von der Wahrheit der Thatsache nach den Regeln des Denkens überzeugt zu sein [4]); es reicht daher schon hin, wenn ihre juristische Ueberzeugung bewirkt ist. Hieraus ist denn der Begriff der juristischen Gewißheit und bezüglich juristischen Wahrscheinlichkeit entstanden, welche nur eine Gattung der historischen oder empirischen und als eine rein positive Vorschrift zu betrachten ist. Vermöge dieser wird unter juristischer Gewißheit der Inbegriff von soviel Gründen verstanden, als nach den Gesetzen erforderlich sind, um die Gerichte, als solche, von den in Frage befangenen Thatsachen soweit zu überzeugen, daß dieselben zur Ausübung ihrer amtlichen Thätigkeit veranlaßt werden, mag auch, abstract betrachtet, eine solche Thatsache nur als wahrscheinlich betrachtet werden können. Sobald dagegen ein Mangel an den erforderlichen Gründen der juristischen Gewißheit vorhanden ist, indem zwar nicht alle jene Gründe fehlen, wol aber einige, oder die vorhandenen nur unzureichend sind, bleibt nur eine juristische Wahrscheinlichkeit übrig. Bei der so charakterisirten juristischen Gewißheit ist aber wiederum die criminalrechtliche von der civilrechtlichen wohl zu unterscheiden, indem beide Gattungen in vielerlei Beziehungen wesentlich von einander abweichen, z. B. in der Lehre von den Geständnissen [5]).

IV. Die civilrechtliche Gewißheit und Wahrscheinlichkeit haben aber folgende vorzügliche Eigenthümlichkeiten. 1) An und für sich schließt keine derselben den Versuch sie zu widerlegen, d. h. den Gegenbeweis zu führen, aus, sobald nur

---

4) A. D. Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung, S. 7, 10. v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 252 fg.

5) Vergl. L. 56 D. de re jud. (42, 1). Post — — confessionem in jure nihil quaeritur. — L. 1, §. 17, D. de quaestion. (48, 18). D. Severus rescr. confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.

überhaupt die Möglichkeit des Gegentheils übrig bleibt. — Diejenige Partei, gegen welche eine juristische Gewißheit vorhanden ist oder herbeigeschafft werden soll, muß daher vermöge der Gleichheit der Rechte beider Theile die Befugniß haben, das Gegentheil vom Beweise ihres Gegners so lange darzuthun, als sie im einzelnen Falle weder durch unterlassenen Gebrauch sich dieses Rechts verlustig gemacht hat, noch auch ihr eine praesumtio juris et de jure entgegensteht [6]), welche letztere, als eine Art von Fiction, meistens in Folge eines begangenen Ungehorsams eintreten (§. 133). In allen andern Fällen ist dagegen in ausdrücklichen Gesetzen [7]) selbst da, wo ein Beweis als schon vorhanden vom Gesetz angenommen wird, das Recht des Gegenbeweises namentlich anerkannt, ohne daß es im richterlichen Erkenntnisse eines ausdrücklichen Vorbehalts dieses Rechts bedürfte, da dieser sich vielmehr von selbst versteht. — Die civilrechtliche Gewißheit ist aber 2) nicht immer eine definitive und also unwiderlegliche, sondern häufig blos eine vorläufige, d. h. eine solche, welche ihre Wirkungen zwar schon jetzt äußert, jedoch nur so lange, bis sie durch den Beweis des Gegentheils widerlegt ist. Es zeigt sich das besonders im ordentlichen Processe darin, daß die Beweislast Demjenigen, welcher eine provisorische Gewißheit für sich hat, abgenommen und nur dem Gegner deren Widerlegung gestattet wird. Namentlich ist dies die gewöhnliche Folge der sogenannten einfachen Rechtsvermuthungen (praesumt. juris sim-

---

6) A. M. Linde, Lehrbuch, §. 255, Note 10. Collmann, Theorie des Beweises, S. 90 fg. Schmid, Handbuch, II, 214. Dagegen Thibaut, System, III, §. 1146.

7) L. 25, §. 4, i. f. D. de probation. (22, 3). Tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus, in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse. L. 13 C. de non num. pec. (4, 30). Generaliter sancimus, ut si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causae probationem (stipulatorem) exigere; cum suis confessionibus adquiescere debeat, nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta, religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum, quem cautio perhibeat, negotium subsecutum sit.

plices)[8]. Im summarischen Proceß aber äußert sich dieser Grundsatz darin, daß, ehe Beweis und Gegenbeweis von den Parteien genügend geführt worden ist, provisorische Maßregeln bereits zufolge einer solchen erlassen werden.

V. Eine andere Eigenthümlichkeit der juristischen Gewißheit und Wahrscheinlichkeit äußert sich 3) in der Begrenzung beider. Denn der Begriff und die Kennzeichen beider sind zwar dieselben, wie die der natürlichen Wahrscheinlichkeit, weil auch zur juristischen Gewißheit nicht mehr erfordert wird, als nach den Regeln der Logik zur natürlichen Wahrscheinlichkeit erforderlich sein würde, und es nur positiver Bestimmungen über die Quantität von Gründen bedarf, aus denen in einem Falle die juristische Gewißheit, im andern Falle die juristische Wahrscheinlichkeit hergeleitet werden soll. Denn eine juristische Wahrscheinlichkeit setzt ebenso wie die natürliche voraus, daß ein oder mehre Gründe für die bestimmte Ansicht von einer Thatsache in den Acten enthalten sei, daß sich also das Gericht nicht mehr in einer bloßen Unwissenheit darüber befindet, gleichwol die vorhandenen Gründe zur Begründung juristischer Gewißheit nicht hinreichen, sich jedoch, bei der etwa vorhandenen Collision der Gründe für und gegen eine Thatsache, ein Uebergewicht für die eine Meinung ergeben hat. Die Grenze, wodurch die Gesetze eine juristische Wahrscheinlichkeit von der juristischen Gewißheit getrennt haben, ist rein positiver Natur und zum Theil von den materiellen Erfordernissen der einzelnen Art von Beweisgründen, welche für die streitige Thatsache sprechen, hergenommen, z. B. von den Angaben des Wissensgrundes von Seiten eines Zeugen, der sich über die Thatsache ausgesprochen hat; zum Theil ist es eine bloße Form, welche beim Gebrauche zulässiger Beweisgründe im einzelnen Falle beobachtet sein mußte und da, wo sie vernachlässigt ist, diesem juristischen Beweisgrunde seinen Werth, wenigstens zum Theil entzieht, z. B. die unterlassene Beeidigung von Zeugen. Was nun die Formen, auf deren Beobachtung es hierbei ankommt, betrifft, so sind diese von den Gesetzen meistens

---

8) Z. B. L. 12 D. de stat. homin. (1, 5); L. 9, §. 4, D. de reb. dub. (34, 5); L. 24, 25 pr. D. de probat. (22, 3). Weber, a. a. O., S. 129 fg. Bayer, a. a. O., S. 707. Unten §. 133.

deshalb vorgeschrieben, um dem Irrthum und dem bösen Willen zu begegnen, nicht selten aber auch, um die größere Sicherheit der gerichtlichen Verhandlungen zu erlangen, z. B. daß die gehörige Zahl von Gerichtspersonen, welche dem gerichtlichen Augenschein beiwohnen müssen, gegenwärtig gewesen sei. Daher wird denn manche nachgewiesene Thatsache nur für wahrscheinlich gehalten, wenn auch nur die Form vernachlässigt ist, während dieselbe civilrechtlich gewiß sein würde, wenn jene Form beobachtet wäre. Aus dieser Rücksicht ist denn auch die Bezeichnung der juristischen Gewißheit und Wahrscheinlichkeit als einer formellen, d. h. von Beobachtung gewisser Formen abhängenden, gebräuchlich geworden. — Fehlerhaft ist es dagegen von einer unvollständigen, z. B. halben, Civilgewißheit zu reden. Es gibt vielmehr nur eine Civilgewißheit, diejenige, welche ohne alle materielle und formelle Mängel im einzelnen Fall beigebracht ist, und genügt, um das Gericht als solches zu überzeugen, auch vollständig genug vorliegt, so daß darauf ein Definitiverkenntniß gegründet werden kann. Außerdem existirt nur eine civilrechtliche Wahrscheinlichkeit, welche aus formellen oder materiellen Mängeln der Beweisführung herrührt, deshalb aber das Gericht nur zu provisorischen Maßregeln veranlassen, nie aber ein Definitivurtheil begründen kann. Denn auch im Civilproceß gilt der Grundsatz, daß Niemand auf bloße Wahrscheinlichkeit hin verurtheilt oder abgewiesen werden soll, daß dies vielmehr nur vermöge juristischer Gewißheit geschehen kann. Fehlt es daher an dieser, so hat das Gericht zuvörderst Maßregeln zu ergreifen, wodurch die vorhandene Wahrscheinlichkeit, soweit sie von Bedeutung ist, entweder zur Gewißheit erhoben oder entkräftet wird. Dies aber geschieht bald durch Auflage eines bessern Beweises, wenn ein solcher überhaupt noch zulässig ist, bald durch Anwendung eines nothwendigen Eides, eines Erfüllungs- oder Reinigungseides, sobald bessere Beweisführung überhaupt unzulässig geworden ist. Für dergleichen Ergänzungsmaßregeln eines ungenügenden Beweises ist es allerdings nützlich, die mehren Grade der Civilwahrscheinlichkeit gehörig zu unterscheiden, da das gemeine Recht ausdrücklich dergleichen Gradationen anerkennt, indem vom halben Beweise in verschiedenen Gesetzen geredet wird, z. B. in der peinlichen Gerichtsordnung, Art. 23 und 30. Allein es ist nicht richtig,

wenn man jene Abstufungen der Wahrscheinlichkeit gerade auf arithmetische Größen zurückführen und etwa nur drei Stufen derselben annehmen will: halben Beweis, weniger als halben und mehr als halben Beweis [9]). Vielmehr muß es von jeder einzelnen Art von Beweisgründen und von der Beschaffenheit derselben im einzelnen Falle, sowie von diesem selbst abhängen, inwiefern eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit vorhanden sei. Hierüber vermag jedoch nur das Ermessen des Richters zu urtheilen.

VI. Endlich ist es etwas Eigenthümliches aller juristischen Gewißheit und Wahrscheinlichkeit, daß sie 4) nur eine relative Wirksamkeit äußert, d. h. daß diejenigen Thatsachen, welche ein Civilgericht in einem bestimmten Rechtsstreite als gewiß oder wahrscheinlich anerkannt hat, diese Eigenschaft nur in Bezug auf den einzelnen Rechtsstreit genießen, worin der Beweis geführt worden ist, folglich nur zwischen den gegenwärtigen Parteien und deren Nachfolgern, und nur in Bezug auf das jetzige Streitobject, sowie auf solche Rechtshändel, welche damit unzertrennlich zusammenhängen. Daher haben die älteren Juristen [10]) ganz richtig die Regel aufgestellt, daß man vom Umfang der Rechtskraft des Urtheils auf die Wirkungen der Civilbeweise einen richtigen Schluß ziehen könne. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes folgt schon aus der Natur des Verhandlungsprincips, wonach jeder streitende Theil über das Seinige verfügt, indem er einen Proceß führt, also auch indem er einen Beweis erbringt, dritten Personen hingegen durch eine solche willkürliche Verfügung auf keinerlei Weise präjudiciren kann. Und selbst wenn es dieselben Personen wären, zwischen denen die nämlichen Thatsachen

---

9) Donelli Comm., lib. 24, cap. 19. v. Globig, Theorie der Wahrscheinlichkeit, Th. 2, Abh. 12, §. 13. Gönner, a. a. O., II, §. 24 fg., S. 37.

10) Gonzalez Tellez, ad tit. X. de fide instrum., p. 491, tom. 2, Commentar. ad decretal. Et juris certum principium est: illis prodesse et obesse acta judicii, quibus prodesset et noceret sententia lata in ipsa causa. In Ansehung des deferirten Eides siehe Meermann, Nov. thesaur., tom. 5, p. 196 seq., no. 9—18 et p. 207, no. 12. Pufendorf, IV, obs. 142. A. D. Weber, a. a. O., S. 38 fg.

in einem andern Processe zweifelhaft würden, müßte doch die beschränkte Interpretation aller Veräußerungen, welche zuletzt doch den Proceßhandlungen zu Grunde liegen, die Folge haben, daß nachtheilige Verfügungen, welche von einer Partei in einem Processe geschehen sind, über dessen Grenzen hinaus nicht ausgedehnt werden können (§. 103, S. 522). Endlich haben auch eine Reihe von Gesetzen [11]) in ihren Beispielen die Richtigkeit dieses Satzes anerkannt. — Hiermit ist übrigens nicht behauptet, daß die in einem Rechtsstreite geführten Beweise in irgend einem andern Rechtsstreite keine juristische Probabilität erzeugen könnten, sobald derselbe mit dem frühern in einem materiellen Zusammenhange steht, es hängt das vielmehr von der Beschaffenheit derjenigen Beweisgründe ab, welche im frühern Rechtsstreite benutzt worden sind [12]), indem z. B. ein geleisteter freiwilliger Haupteid, welcher die Analogie eines Vertrages hat, für einen andern Rechtsstreit weniger in Betracht kommen kann, als die eidlichen formell richtigen Aussagen von Zeugen, die im andern Rechtsstreite abgehört wurden und gegen deren persönliche Glaubwürdigkeit nichts zu erinnern war. — Sogar die praesumtiones juris simplices haben nur diese relative Beweiskraft, wenigstens soweit sie Begünstigungen einer Partei gegen eine bestimmte andere sind, wie es z. B. der Fall ist bei dem während der Ehe geborenen, im Ehebruche aber erzeugten Kinde gegenüber dem Ehemann; oder bei dem Steuerpflichtigen, welcher aus den neuesten drei Jahren Quittungen besitzt, gegen den Einnehmer, nicht aber gegen dritte Personen, welchen dieser ältere Steuern anrechnen will.

VII. Durch alles das Bisherige ist gezeigt worden, daß ein

---

11) L. 7, §. 7, D. de Public. r. a. (6, 2). L. 22 D. de interrog. (11, 1). L. 9, §. 7; L. 10, 11, 12, 36 D. de jurejur. (12, 2). Cap. 6 X. de fide instr. (2, 22). Nec attestationes, quae continebantur in instrumento sententiae, per quas legitima donatio — videbatur esse probata, poterant eidem — nocumentum aliquod irrogare, cum inter alias personas et in alio judicio perceptae fuissent. Cap. 4 X. de judic. (2, 1) — — sicut enim sententia a non suo judice lata non tenet ita et facta confessio coram ipso.

12) L. 5, §. 2, C. de recept. arbitr. (2, 56).

zweiseitiges Resultat einer nicht ganz mislungenen Beweisführung möglich sei: Civilgewißheit oder nur Wahrscheinlichkeit in größerm oder geringerm Maße. Um nun in jedem einzelnen Falle bestimmen zu können, ob Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit der Erfolg der einzelnen Beweisführung gewesen sei, muß man zuvörderst die Gründe prüfen, durch welche im einzelnen Falle die streitige Thatsache hat dargethan werden sollen. Denn ohne solche Gründe darf kein Civilgericht irgend eine Thatsache für wahr oder wahrscheinlich halten, weil die deutschen Civilgerichte keine Art von Geschwornen sind, die nach ihrem Gefühl und dunkeln Ahnungen erkennen dürfen, sondern verpflichtet sind, die Gründe ihrer Ueberzeugung, auch rücksichtlich des Thatsächlichen, auf Verlangen wenigstens dem Obergericht zu eröffnen und dadurch ihren Entschluß zu rechtfertigen. Die anzuführenden Gründe der Ueberzeugung von Thatsachen müssen aber, abstract genommen, den Gesetzen angemessen, mit diesen übereinstimmend, für den einzelnen Fall dagegen actenmäßig sein, d. h. es muß nachgewiesen werden, daß sich diese Gründe auf gehörige Art in den Acten finden. Eben darum hat das Proceßgericht bei Beurtheilung des einzelnen Civilbeweises ferner diejenigen Proceßschritte zu prüfen, durch welche im einzelnen Falle die vorhandenen Gründe der Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit zu den Acten beigebracht sind, weil hierin die Formen der Beweisführung bestehen. Von beiden Arten richterlicher Prüfung der Civilbeweise muß daher hier im Allgemeinen gehandelt werden, und geschieht dies in ersterer Beziehung in den §§. 127—133, in letzterer in §. 134. Die römischen Gesetze [13]) haben beides mit dem Ausdruck probatio bezeichnet, der deutsche Sprachgebrauch aber ist ihnen nicht nur gefolgt, sondern bedient sich des Wortes Beweis wol auch für das Resultat, welches sich im einzelnen Falle herausgestellt hat.

---

13) L. 7 C. de testibus (4, 20) — intentionis vestrae proprias afferre debetis probationes, non adversus se ab adversariis adduci. — L. 12 C. de probat. (4, 19) — quibus potes, jure proditis probationibus docere debes. L. 25, §. 4, D. de probat. (22, 3) (Note 7). L. 2 D. ibid.

§. 127a.

B. Insbesondere. a. Von den Beweisgründen: 1) Die Uebersicht.

I. Ist bisher gezeigt worden, worin das Resultat der Beweisführung bestehen könne, nämlich in einer Civilgewißheit oder Wahrscheinlichkeit, zugleich aber, daß dieses von den Gründen mit abhänge, welche für die in Frage stehende Thatsache zu den Acten gebracht worden sind, so ist es für die Parteien und die Gerichte nöthig, alle zulässigen, tauglichen Gründe [1]) dieser Art, d. h. solche, welche einen derartigen Erfolg erzeugen können, und deren rechtliche Natur kennen zu lernen. Die Gesetze haben diese Gründe in einer Uebersicht nicht aufgezählt, ja man könnte sogar nach einer Stelle des Römischen Rechts [2]) annehmen zu müssen glauben, daß sich kein erschöpfendes Verzeichniß dieser Gründe geben lasse; allein dieses Gesetz redet nur von Anwendung der Gründe auf den einzelnen Fall, und hindert mithin nicht, aus den einzelnen Gesetzen eine allgemeine Uebersicht aller wahrhaften Beweisgründe zusammenzustellen, welche irgendwie gebraucht werden können, um als Quelle der Civilwahrheit oder Wahrscheinlichkeit zu dienen. — Zu diesen gesetzlichen Beweisgründen sind aber ohne Rücksicht auf den einzelnen Fall, mithin abstract genommen, zu zählen:

1) Der Parteien eigene Bekenntnisse und beschworene Behauptungen [3]);

2) Des Richters eigene, officielle, sinnliche oder rationelle Wahrnehmungen;

---

1) Walch, im Magazin für bürgerlichen Proceß, S. 77 fg. Gönner, Handbuch, II, S. 272. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, §. 195, 2; 197. v. Reinhardt, Handbuch, I, 149 fg. Mühlenbruch, Entwurf, S. 154 fg. Bayer, Vorträge über gemeinen deutschen Civilproceß, 8. Aufl., S. 787 fg.

2) C. 3, §. 2, D. de testibus (22, 5). Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Vergl. aber L. 7 C. de probat. (4, 22). L. 25, §. 4, i. f. D. de probat. (in §. 127, Note 7). L. 12 pr. C. de reb. credit. (4, 1).

3) Mit Ausnahme des jurament. in litem.

3) Die Zeugnisse dritter Personen, seien es Sachverständige oder Zeugen;

4) Die gesetzlichen Vorschriften, vermöge deren auch ohne einen jener Beweisgründe etwas für gewiß oder wahrscheinlich im Civilprocesse zu achten ist, Rechtsvermuthung, wol gar Fiction.

Neben diesen gesetzlichen Regeln über Beweisgründe bleiben allerdings auch noch die natürlich brauchbaren, welche durch ein positives Gesetz nicht modificirt sind, zu beachten, so daß man rein positive, rein natürliche und gemischte Beweisgründe unterscheiden kann. Zu einer Einsicht in die innere Natur und das Wesen der einzelnen Beweisgründe dient jedoch diese Classification derselben nicht, man sieht daher zweckmäßiger davon ganz ab.

II. Die hier nach Beschaffenheit der wirkenden Kräfte gegebene Classification der Beweisgründe scheint deshalb unvollständig zu sein, 1) weil Urkunden darin nicht besonders erwähnt, gleichwol dieselben in den Gesetzen [4]) als Beweismittel genannt sind, und zwar nicht nur in ihrer weitern Bedeutung, worin sie die andern Beweisgründe mit umfassen, sondern auch in der engsten, worin darunter schriftliche oder gedruckte Aufsätze verstanden werden, die zum Zwecke einer Beweisführung dienen sollen, wol gar zu dem Ende verfertigt wurden (§. 205). Allein die Gesetze [5]) selbst haben anerkannt, daß auch diese Urkunden keine selbständige Gattung von Beweisgründen sind, und bei genauerer Erwägung ergibt sich dies alsbald, weil alle Urkunden, welche den Civilrichter mehr oder weniger überzeugen sollen, nicht an sich dazu dienen, sondern nur darum, weil sie in eine der genannten Classen von Beweisgründen gehören. Das zeigt sich a) in Ansehung derjenigen schriftlichen Aufsätze, welche von den Parteien selbst oder ihren Rechtsvorfahren, für deren Handlungen sie zu haften haben, ausgefertigt worden sind; denn dergleichen Urkunden sind nur insoweit im Stande, Civilgewißheit oder

---

4) L. 1 D. de fide instrum. (22, 4). Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur.

5) L. 5 D. eod. tit. Si res gesta, sine literarum quoque consignatione, veritate factum suum praebet, non ideo minus valebit, quod instrumentum nullum de ea intercessit.

Wahrscheinlichkeit zu begründen, als sie ein Geständniß enthalten, nicht aber soweit eine dem Aussteller nützliche Behauptung darin vorkommt [6]). Nur ausnahmsweise können dergleichen dem Aussteller nützliche Urkunden eine Beweiskraft dann erlangen, wenn sie eidlich erhärtet sind, was unter gewissen Voraussetzungen zulässig ist, namentlich in Ansehung der Handelsbücher (Comp., §. 206, Note h). — Sind dagegen b) die Urkunden vom Gericht selbst ausgefertigt und zwar von demjenigen, bei welchem der Rechtsstreit geführt wird, so liegen diesen Urkunden die eigenen Wahrnehmungen des Gerichts zu Grunde, weil kein gerichtliches Zeugniß ohne Angabe des Grundes der Wissenschaft hinreichen würde, diese Gründe aber aus Acten und Protokollen, welche beweisen, daß das Gericht durch eigene Wahrnehmung die Thatsachen kennen gelernt habe, entnommen sein müssen. — Wäre aber c) eine Urkunde von dritten Personen ausgestellt, welche weder zu dem urtheilenden Gerichte, noch zu den Parteien gehören, so enthalten solche Urkunden nur ein Zeugniß und können nur unter den Bedingungen juristischen Werth haben, unter denen Zeugnisse überhaupt Glaubwürdigkeit genießen. Daher haben dergleichen Urkunden nur Werth, entweder wenn sie von Staats- oder Kirchenbeamten über ihre amtlichen Geschäfte aus genügenden Gründen ausgestellt sind, oder falls sie von bloßen Privatpersonen herrühren, wenn eine gerichtliche oder notarielle Beglaubigung derselben vorliegt, weil es sonst dabei an den gesetzlichen Formen eines gültigen Privatzeugnisses fehlen würde. — Hiernach sind d) nur noch solche Urkunden übrig, welche eine Willensdisposition eines Privatmanns enthalten, z. B. Testamente und ähnliche Urkunden. Diese können jedoch nur für die Thatsache als Beweisgründe gebraucht werden, daß der Aussteller derselben in der That den darin ausgesprochenen Willen gehabt habe, und ist davon dann die Frage über die Wirksamkeit dieses Willens zu trennen. Wenn daher jene Frage gerichtlich zu er-

6) L. 6, 7 C. de probat. (4, 19). Exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi, adnotatione propria, debitorem constituit. Nov. 48, cap. 1, §. 1 — nostris declaratum est legibus, quaecunque quilibet pro se dixerit, aut scripserit, haec nihil ei prodesse.

örtern wäre, so würde, vorausgesetzt, daß gegen die Echtheit der Urkunde kein Zweifel übrig bliebe, der gerichtliche Augenschein jedes Bedenken in Ansehung der ersten Frage heben. Wäre jedoch die Echtheit der Urkunde nicht unbezweifelt, dann müßte diese zuerst dargethan werden, was wiederum nur durch Zeugen, Sachverständige, Eid oder Zugeständniß geschehen kann, insofern die Urkunde nicht von einem öffentlichen Beamten errichtet ist, weil dadurch die Zweifel an der Echtheit beseitigt werden würden. Hieraus ergibt sich dann, daß auch dergleichen Urkunden kein eigenthümlicher Beweisgrund sind.

III. So wenig daher bei den Urkunden eine eigene Gattung von Beweisgründen vorliegt, ebenso wenig ist dies der Fall 2) hinsichtlich der Gerüchte [7]), obgleich einige Stellen des Römischen und Kanonischen Rechts [8]) derselben besonders erwähnen. Denn man versteht darunter nur das Zusammentreffen mehrer außergerichtlicher unbeschworener Versicherungen von Personen, welche man einzeln vielleicht kaum kennt, mithin ein unbestimmtes Püblicum bilden. Hieraus ergibt sich also, daß das Gerücht eine eigene Gattung von Zeugnissen ist, der es jedoch an den gewöhnlichen Voraussetzungen eines gültigen Zeugenbeweises ganz fehlt; daher die Gesetze dem Gerücht nur in einigen wenigen Fällen einen geringen Grad von Wahrscheinlichkeit zuschreiben. Das Römische Recht thut dies in Ansehung solcher Angelegenheiten, die vor langer Zeit vorgefallen sind; das Kanonische Recht besonders in kirchlichen Angelegenheiten und zwar namentlich bei verwandtschaftlichen Verhältnissen [9]).

IV. Endlich wird 3) zwar nicht im Römischen Rechte, aber doch im Kanonischen Rechte die Notorietät [10]) einer Thatsache

---

7) Stübel, Criminalverfahren, V, §. 2870, 2912—2926. Bayer, a. a. O., S. 800.

8) L. 3, §. 2, D. de testib. (22, 5) — alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem. Cap. 13 X. de probat. (2, 19); Cap. 27 X. de testib. (2, 20); Cap. 27 X. de sponsal. (4, 1); Cap. 5 X. de eo, qui cognovit (4, 13).

9) Cap. 2 X. de consang. et affin. (4, 14).

10) Cap. 3 X. de testib. cogend. (2, 21) — quod si factum est notorium, non eget testium depositionibus declarari, cum talia probationem vel ordinem judiciarium non requirant. Verum si non est no-

als ein Grund richterlicher Ueberzeugung von ihrer Wahrheit und zwar mit dem Zusatze genannt, daß es hinsichtlich des Notorischen anderer Beweisgründe nicht bedürfe. Allein dasselbe Kanonische Recht erklärt an einer andern Stelle [11]), daß für notorisch nur Dasjenige zu halten sei, was aus andern gerichtlichen Verhandlungen bereits erhelle, in welchem Falle dann also in der Notorietät ein selbständiger Beweisgrund nicht enthalten sein würde, zumal das Kanonische Recht [12]) dagegen warnt, nicht Alles für notorisch zu halten, was dafür ausgegeben werde. Es kommt daher alles darauf an, einen richtigen Begriff und eine genaue Begrenzung der Notorietät festzusetzen, da hiervon das gemeine Recht überall schweigt. Gönner [13]) hat als notorisch Dasjenige bezeichnet, was in Zeit- und Geschichtsbeschreibungen aufgenommen sei, und es würde sich das hören lassen, wenn der Verfasser einer solchen Beschreibung in einem öffentlichen Amte sich befunden, vermöge und in Folge dessen er die Beschreibung geliefert hätte. Allein das ist der seltenste Fall; in allen andern aber fehlt es an der genügenden persönlichen Glaubwürdigkeit eines solchen Verfassers, weil er nur als unbeschworener Zeuge zu betrachten und seinem Zeugnisse alle formellen Erfordernisse abgehen

---

torium et is, qui convenitur, factum negaverit, testes, qui interfuerunt facto, monendi sunt, non cogendi ad ferendum testimonium veritati. — Cap. 10 X. de cohabitat. clericor. (3, 2); Cap. 14 X. de appellat. Grolmann, Theorie, §. 82b. Gönner, a. a. O.; II, 37, §. 11. Gensler im Archiv für civil. Praxis, I, 258. Puchta, Gewohnheitsrecht, II, 160 fg. Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung, III, §. 2, Note 4, S. 34 fg. Heffter, Zusätze, S. 249. Schmid, Handbuch, II, S. 209. Bayer, a. a. O., S. 719. — Wetzel, System, I, 116 fg.

11) Cap. 10 X. de cohab. cleric. (3, 2) — nisi peccatum hujusmodi sit notorium per sententiam, seu confessionem factam in jure, aut per evidentiam rei, quae tergiversatione aliqua celari non possit. Deshalb leugnen die Gültigkeit der Notorietät für den Civilproceß: J. H. Böhmer, Jus Eccles. Protest., II, 1, §. 9. Collmann, Theorie des Beweises, S. 125 fg.

12) Cap. 14 X. de appell. (2, 28). Cum multa dicantur notoria, quae non sunt, providere debes, ne, quod dubium est, pro notorio videaris habere.

13) Gönner, a. a. O., II, 37, §. 11. Dagegen Gesterding, Ausbeute, II, 351 fg.

würden. Daher haben Andere [14]) wol richtiger den Begriff der Notorietät auf solche physische und Staatsereignisse beschränkt, welche nach der Art und Weise, wie sie vorgefallen sind, Niemandem, der zu jener Zeit am Orte des Ereignisses sich befand, verborgen bleiben konnten, oder die wol gar die amtliche Thätigkeit von Staatsbeamten veranlaßt haben [15]). Bleibt man hierbei stehen, so wird es keinen Zweifel leiden, daß, sobald der Gegner eine solche Notorietät zugibt, das Gericht weitere Ueberzeugungsgründe nicht bedürfe, theils wegen des abgelegten Geständnisses der Notorietät, theils und besser noch, weil in dieser folgeweise das Geständniß der streitigen Thatsache enthalten ist. Sollte aber der Gegner die Notorietät leugnen, so pflegt man meistens zu behaupten, daß diejenige Partei, welche darauf sich stützt, entweder die Notorietät zu beweisen habe oder die Thatsache selbst, von welcher behauptet wird, daß sie notorisch sei und daß, wenn die Partei das Erstere wählt, wenigstens zwei tüchtige Zeugen darüber abgehört werden müßten, daß in diesem Falle eine Notorietät vorliege. Allein in keinem Gesetze ist der Beweis einer solchen Notorietät nachgelassen, und es würde sehr zweifelhaft sein, ob die abgehörten Zeugen einen richtigen Begriff der Notorietät anzugeben, auch genügende Gründe für ihre Kenntniß davon hinzuzufügen vermöchten. Nur in solchen Fällen, wo die Kenntniß der Notorietät auf der eigenen Wahrnehmung des Gerichts beruht, oder wo eine andere Staatsbehörde bei der notorischen Thatsache thätig gewesen und dieselbe aus eigener Anschauung beobachtet hat, deshalb aber sie als richtig bezeugen kann, möchte der Beweis einer solchen Notorietät durch öffentliche Urkunden genügen und insofern allerdings von gerichtskundigen Thatsachen die Rede sein können, welche als Object der sinn-

---

14) Gensler, Archiv, I, 258 fg. Borst, Beweislast, S. 14 a. E. Bayer, a. a. O., S. 722.

15) Mit Gensler, Archiv, I, 258, eine dritte Art der Notorietät, die Menschenkundigkeit anzunehmen und darunter Alles zu verstehen, was auf allgemeinen Erfahrungssätzen beruht, deshalb aber keinem Vernünftigen unbekannt sein kann, z. B. der Wechsel der Jahreszeiten, ist ungerechtfertigt; denn dergleichen Sätze gehören zu der rationellen Wahrnehmung des Richters, welche alle Regeln des vernünftigen Denkens umfaßt.

lichen Wahrnehmungen des Gerichts keines weitern Beweises bedürfen würden. Nur darf man in solchen Fällen nicht übersehen, daß eine Notorietät, deren Beweis erbracht ist, das Ereigniß zwar im Ganzen außer Zweifel setzen kann, nie aber dessen Umfang hinsichtlich einzelner Sachen und Personen, welche unter dem notorischen Factum mitbegriffen sein sollen, daß es vielmehr in diesen Beziehungen, sowie rücksichtlich aller individuellen Modificationen der Art und Weise, wie sich dieses Factum zugetragen haben soll, eines förmlichen Beweises bedarf. Handelte es sich jedoch bei der Notorietät im einzelnen Falle von Ereignissen, die keinem Privatmanne unbekannt bleiben konnten, und wurde dieselbe vom Gegner geleugnet, so werden schwerlich genügende Gründe aufzufinden sein, um jenen Beweis der Notorietät oder der Thatsache selbst zu umgehen. Dann aber möchte das Verlangen eines Calumnieneides häufig den Gegner nöthigen, die Notorietät einzuräumen [16]. — Aus alledem geht aber hervor, daß die Notorietät kein wahrer selbständiger Beweisgrund ist.

§. 128.

2) Einzeln: 1. von Erklärung der Parteien über die Wahrheit einer Thatsache, insbesondere:

a) Vom Geständniß [1].

I. Nach den Zwecken der richterlichen Thätigkeit im Civilprocesse und den Vorschriften des gemeinen Rechts [2] kann keine

---

16) Heffter in seinen Zusätzen zu A. D. Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung, S. 249 fg.

1) Gönner, Handbuch, II, Abh. 43. Schneider, Vom Beweise, §. 72—106, S. 453 fg. Weber, Von der Verbindlichkeit zur Beweisführung, IV, 53 fg. Gensler, Archiv für civil. Praxis, I, 41 fg., §. 7. v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 250 fg. Gesterding, Nachforschungen, II, 93 fg. Brackenhöft, Archiv für civil. Praxis, XX, 248 fg., 362 fg. Schmid, Handbuch, II, 215. v. Savigny, System, VIII, 6 fg. Bayer, Vortr. über Civilproceß, S. 691—732.

2) Jüngster Reichsabschied, §. 50. „Den punctum probationum betreffend, soll ad probandum nichts zugelassen, oder von der Parthey zu probiren unternommen werden, was impertinent, unnothwendig und worüber die Partheyen in facto nicht discrepiren und streitig seynd."

andere Thatsache zur Beweisführung zugelassen werden, als welche auf die zu fällende richterliche Entscheidung mittelbaren oder unmittelbaren Einfluß hat, d. h. relevant ist. Daher muß jede zu erweisende Thatsache in ihren Folgen einer der Parteien nützlich oder schädlich sein, und darum unterscheidet man mit Recht die Behauptungen einer Partei von den Geständnissen derselben. Denn die erstern enthalten solche Thatsachen, welche dem Vortragenden zu irgend einem Nutzen im Processe gereichen; die letztern beschränken sich auf solche Thatsachen, welche juristische Nachtheile für den Bekennenden zur Folge haben [3]). Eine dritte Art der Erklärung einer Partei über Thatsachen gibt es außerdem nicht. Wollte man als eine solche etwa das Zeugniß betrachten, so würden dieser Annahme nicht allein gesetzliche Vorschriften [4]), sondern auch der schon angeführte Grund entgegenstehen, daß alle zu erweisende Thatsachen den Parteien nützlich oder schädlich sein müssen. Die Behauptungen einer Partei aber können an und für sich keine Ueberzeugungskraft für den Civilrichter haben, wie in den citirten Gesetzen ausdrücklich ausgesprochen ist; die Geständnisse dagegen allerdings. Deshalb haben auch die ältern Juristen [5]) das Geständniß einer Partei als einen der besten Beweisgründe bezeichnet. — Da nun aber die

---

3) Nov. 48, cap. 1, §. 1 (§. 127, Note 6). — L. 11, §. 1, D. de interrog. in jure (11, 1). Si quis, cum heres non esset, interrogatus responderit, ex parte heredem esse, sic convenietur, atque si ex ea parte heres esset: fides enim ei contra se habebitur. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 257; überhaupt über den Begriff: Schneider, a. a. O., S. 72. Weber, a. a. O., S. 53 fg.; Archiv für civil. Praxis, XX, 248 fg. Bayer, a. a. O., S. 691 fg.

4) L. 10 C. de testib. (4, 20). Omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem jura submoverunt.

5) „Confessio regina est probationum.“ Maranta, De ordin. judic. pars. 6, act. 5, n. 21, p. 446 (edit. 8°. von 1557), p. 319 (edit. in 4°. von 1598). Nulla major est probatio, quam proprii oris confessio et dicitur plenissima probatio. Vergl. Perneder, Gerichtlicher Proceß, S. 53, Marginalbemerk. „Item so der Beklagte einer Schuld bekanntlich wäre, ist nicht noth, daß derohalb einiger weiter gerichtlicher Proceß fürgenommen werde, und mag der Richter in solchem Fall, außer Rechtens Bezahlung, verschaffen nach L. si debitori (21) D. de judiciis.“

Gesetze, einheimische wie recipirte [6]), nicht blos von wahrhaft abgelegten Geständnissen, sondern auch von fingirten reden, und die erstern wiederum in stillschweigende und ausdrückliche eintheilen, so ist es sehr gewöhnlich geworden, alle Gattungen der Bekenntnisse zusammenzufassen und als ein Ganzes zu behandeln. Allein dies ist unrichtig, denn bei den verschiedenen Arten der Geständnisse sind theils die Gründe der richterlichen Ueberzeugung von verschiedenen Bedingungen abhängig, theils aber auch die Wirkungen der Geständnisse selbst nicht ein und dieselben, so daß sich allgemein gültige Grundsätze von allen Arten der Geständnisse nicht angeben lassen. Während nämlich die fingirten Geständnisse ihre Wirkungen nur durch das Gesetz haben, beruhen dagegen die wahren auch schon auf den natürlichen Grundsätzen des Denkens; bei diesen aber sind wiederum die ausdrücklichen gänzlich von den stillschweigenden zu unterscheiden, weil die letztern in die Lehre von den Schlußfolgerungen gehören, welche der Richter aus eigenem Antriebe auf actenmäßige Thatsachen gründet, die erstern dagegen lediglich auf der Aeußerung einer Partei beruhen und als Grund ihrer überzeugenden Kraft nicht die Regeln der Logik haben, sondern die Wahrscheinlichkeit, daß Niemand zu seinem Nachtheile eine Wahrheit anerkennen werde, und daß im schlimmsten Falle darin eine Willensdisposition über das Seinige enthalten sei, welche wegen der Pflicht, vor Gericht die Wahrheit zu sagen (§. 38, S. 252), keinen Zweifel zulasse.

II. Rücksichtlich der ausdrücklichen, wahrhaft abgelegten Geständnisse, von denen allein hier die Frage sein kann, hat das Römische Recht, besonders das ältere, einen wesentlichen Unterschied gemacht zwischen denen, welche vor Gericht, und denen, welche außergerichtlich abgelegt worden sind. Die erstern waren in der That für den Richter ein völliger Ueberzeugungsgrund von einer Thatsache, jedoch mit dem Unterschiede, daß, wenn dieselben schon vor dem Prätor, also in jure abgelegt waren, sie gleich einem rechtskräftigen Erkenntnisse die Verurtheilung des Beklagten in dem Falle nach sich zogen, wenn derselbe alle den factischen Klaggrund bildende Momente eingeräumt

---

6) L. 5 D. de his, qui notant. infam. (3, 2). Cap. 5, de confessis in VI°. (2, 9). Jüngster Reichsabschied, §. 49. Vergl. Comp., Note 9.

hatte[7]). Aus solchen Geständnissen wurde dann, wie die actio rei judicatae aus einem rechtskräftigen Urtheile, so hier eine actio confessoria[8]) gegeben und diese, wenn das Geständniß auf eine vorhergegangene Interrogation folgte, actio interrogatoria genannt. In den spätern Zeiten des Römischen Rechts scheinen jedoch diese actiones adjectitiae qualitatis außer Gebrauch gekommen zu sein[9]). Eine gleiche Kraft der Ueberzeugung hatte in keinem Falle das gerichtliche Geständniß, welches erst vor dem judex pedaneus, also in judicio, erfolgte[10]). Denn darauf mußte immer erst ein Ausspruch vom Gericht erfolgen, der auch der Appellation unterworfen war, und es leidet keinen Zweifel, daß gegen diese gerichtlichen Geständnisse ein Gegenbeweis zulässig war, dessen Statthaftigkeit bei den erstern wenigstens sehr zweifelhaft erscheint[11]). Dieser Unterschied zwischen beiden Arten gerichtlicher Geständnisse scheint, nachdem sich in späterer Zeit die römische Gerichtsverfassung geändert hatte, gänzlich weggefallen zu sein, wie dies namentlich aus Justinian's Gesetzsammlung hervorgeht. Wenn gleichwol das Kanonische Recht[12]) von einer

---

7) L. 56 D. de re judic. (42, 1). Post rem judicatam, vel jurejurando decisam vel confessionem in jure factam, nihil quaeritur — quia in jure confessi pro judicatis habentur. L. un. C. de confess. (7, 59). Confessos in jure pro judicatis haberi placet. Quare sine causa desideras recedi a confessione tua cum et solvere cogeris. L. 1 D. de confess. (42, 2). Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 259 fg. Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 125, 126, 132. v. Savigny, System, VII, 6 fg.

8) L. 23, §. 11; 24, 25 pr. D. ad leg. Aquil. (9, 2). v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 266, 279.

9) Glück, Comment., XI, 267.

10) Pauli sent. recept., V, 5a, §. 3. L. 74, pr. D. de judic. (5, 1). v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 284.

11) L. 4 D. de confess. Si is, cum quo lege Aquil. agitur, confessus est servum occidisse, licet non occiderit, si tamen occisus sit homo, ex confesso tenetur. L. 8 D. ibid. Non omnimodo confessus condemnari debet ejus rei nomine, quae an in rerum natura esset, incertum sit. v. Bethmann-Hollweg, S. 271 fg.

12) Cap. 2 X. de confess. (2, 18). Quoniam — — fuit in jure confessus. Cap. 3 X. eod. tit. Oeconomus quaedam per errorem facti fuit in jure confessus.

confessio in jure spricht, so hat das um so weniger Bedeutung, als dasselbe weder einen Prätor noch einen judex pedaneus kennt, mithin auch jenen Unterschied als noch bestehend nicht anerkennen konnte, in der That auch alle gerichtlichen Geständnisse nach einerlei Grundsätzen behandelt [13]). Hierzu kommt noch, daß das neuere Römische Recht [14]) den außergerichtlichen Geständnissen, wenn sie hinsichtlich ihrer Existenz und Gültigkeit gehörig bewiesen sind, den nämlichen Erfolg beilegt, welchen die gerichtlichen nur haben könnten; daß nämlich das Gericht dadurch von der Wahrheit des Gestandenen völlig überzeugt werden soll.

III. Daher hat sich in der jetzigen Proceßtheorie das Resultat gebildet, daß man alle ausdrücklichen und fehlerfreien Geständnisse, welche gehörig erwiesen sind, als den vorzüglichsten Beweisgrund betrachtet, durch welchen das Civilgericht vollständig von der Wahrheit der gestandenen Thatsache überzeugt wird, ohne daß es unterstützender Nebenumstände bedarf und ohne daß

---

13) Brackenhöft, Archiv, XX, 411; Bayer, a. a. O., S. 700, sehen mit Recht die Grundsätze des neuesten Römischen Rechts noch als geltend an; v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 361, dagegen für abrogirt. Vergl. Heffter in den Zusätzen zu Weber, a. a. O., S. 290; v. Savigny, System, VII, §. 307.

14) L. 13 C. de non num. pec. (4, 30). Generaliter sancimus, ut si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causae probationem stipulatorem (ein Gräcismen Cramer, Progr. 28. Jan. 1827: Laetabilia Friedrici II sacra natalia etc., ad Gellium excursuum trias, p. 38) — exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat; nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta, religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum et non in eum, quem cautio prohibet, negotium subsecutam sit. Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere. Die Schlußworte wiederholt das Cap. 10 X. de probat. (2, 19). L. 5 C. de transact. (2, 4). Cum te transegisse cum herede quondam tutoris tui profitearis, si id post legitimam aetatem fecisti, frustra desideras, ut a placidis recedatur. Licet enim, ut proponis, nullum instrumentum intercesserit, tamen si de fide contractus confessione tua constet, scriptura quae solet probationem rei gestae continere, necessaria non est. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 288 fg.

darauf etwas ankommt, ob es gerichtlich oder außergerichtlich abgelegt sei. Dieses neuere Resultat über den Werth der Geständnisse stimmt im Wesentlichen mit dem Fundamente überein, welches man den Geständnissen im Allgemeinen zu Grunde legt, indem man sie als eine unvermeidliche Uebernahme der Folgen der Wahrheit der gestandenen Thatsache, wie diese aus den Schlußworten der citirten L. 13 C. de non num. pec. (4, 30) begründet werden, betrachtet, und zugleich noch die natürliche Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß der Bekennende eine ihm nachtheilige Thatsache als wahr nicht anerkennen werde, wenn er nicht von deren Richtigkeit überzeugt wäre [15]).

IV. Aus diesem Gesichtspunkte hat man die Erfordernisse [16]) eines gültigen Geständnisses hergeleitet. Sie bestehen 1) in objectiver Beziehung darin, daß dasselbe nicht nur einen für den Bekennenden juristisch nachtheiligen Thatumstand, keineswegs aber etwas enthalte, was ihm nützlich werden könnte [17]), und daß sich der Nachtheil des Geständnisses insbesondere auch auf ein Rechtsverhältniß äußere, worüber der Bekennende frei disponiren konnte. Daher sind Geständnisse nicht nur, wenn sie über Rechtssätze abgelegt werden, sobald diese nicht etwa zum Gewohnheitsrecht oder ausländischen Gesetzen gehören, unerheblich, sondern auch in allen Ehesachen ungenügend, um das Gericht völlig zu überzeugen, wenn nicht unterstützende Nebenumstände hinzugekommen [18]). 2) Als subjective Erfordernisse auf Seiten des Bekennenden müssen aber noch hinzukommen, daß dieser die Fähigkeit besessen habe, a) sich dem drohenden Nachtheile des Geständnisses zu unterwerfen und insoweit über das Seinige zu verfügen, was bei Pupillen ohne Zustimmung der Vormünder nicht der Fall ist [19]); b) daß der Bekennende genü-

---

15) L. 11, §. 1, D. de interrog. in jure (11, 1).

16) Bayer, a. a. O., S. 704 fg. Schmid, a. a. O., S. 219 fg.

17) Nov. 48, cap. 1, §. 1.

18) Cap. 5, X. de eo, qui cognovit (4, 13); Cap. 7, X. de sentent. (2, 27). J. H. Böhmer, Jus eccles. Prot. lib. 1, 4, tit. 15, §. 21. Hagemann, Praktische Erörterungen, VI, 29. Gottfr. Phil. v. Bülow, Abhandlungen, II, Nr. 27. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 294, 301. Seuffert, Archiv der Entscheidung., VII, Nr. 129.

19) L. 6, §. 4, 5 D. de confess. (42, 2), §. 4: Sed an et ipsos

gende Kenntniß von den für ihn nachtheiligen Folgen der eingestandenen Thatsache haben konnte, daher ein Irrthum, welcher kein Rechtsirrthum ist, die Kraft des Geständnisses aufhebt[20]); c) endlich, daß die Absicht des Bekennenden, bei seiner Erklärung über die Thatsache ein Geständniß ablegen zu wollen, keinem gegründeten Zweifel ausgesetzt sei[21]). — Dieser letzte Umstand ist besonders 3) aus den formellen Requisiten des Geständnisses zu beurtheilen, d. h. aus der Art und Weise, wie dasselbe abgelegt wurde. Es gehört dazu aber nicht, wie behauptet wird, die Acceptation[22]) des Gegners, welche besonders bei den processualischen Geständnissen der Natur aller Proceßschritte widerspricht. Auch kann die Uebereinstimmung beider Theile in der Erzählung solcher Thatsachen nicht bei allen Geständnissen gefordert worden, wie von anderer Seite angenommen worden ist[23]); denn nicht allein die Gerichte urtheilen sehr häufig auf einseitige Geständnisse hin, schon ohne den Gegner gehört zu haben[24]), auch die Parteien widersprechen nicht selten eine den Geständnissen der andern, wenn ihnen diese nicht genügend erscheinen, benutzen gleichwol das Geständniß in Ansehung des Gestandenen für sich. In formeller Beziehung erfordert daher das Geständniß, a) daß es mit genügender Ueberlegung und ernstlich abgelegt sei, was nur bei den außergerichtlichen zweifelhaft sein kann, besonders sobald sie mündlich abgelegt werden, weshalb dann Ort und Zeit des Geständnisses besonders erwogen werden müssen; b) daß es mit Bestimmtheit und Deutlichkeit abgelegt worden sei, namentlich also, daß es auch an der causa

---

procuratores vel tutores vel curatores fateri sufficiat, videamus? Et non puto sufficere. §. 5: In pupillo tutoris auctoritatem exigimus: minorem a confessione sua restituemus.

20) L. 2 D. ibid. Non fatetur, qui errat, nisi jus ignoravit. L. 8 C. de juris et facti ignor. (1, 18) — cum errantis nulla voluntas sit —.

21) Tevenar, Theorie des Beweises, S. 76. Gönner, a. a. O., §. 9. Gesterding, a. a. O., S. 100 fg.

22) Gesterding, a. a. O., S. 108 fg. Weber, a. a. O., S. 49 (Ausg. 3). v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 302. Brackenhöft, a. a. O., S. 272 fg. Wetzel, System, I, 107. Bayer, a. a. O., S. 707.

23) Brackenhöft, a. a. O.

24) Hommel, Observ. 363.

debendi bei mündlichen Bekenntnissen nicht fehle, weil, solange dies der Fall ist, nach den Gesetzen [25]) der Effect des Geständnisses nicht eintreten kann, sondern erst darauf gedrungen werden muß, daß die erforderliche Bestimmtheit nachgeholt werde; endlich c) daß die Wahrheit uneingeschränkt anerkannt sei. Denn sind erhebliche Einschränkungen hinzugefügt, so kann man sich über diese nicht wegsetzen und das Geständniß gegen den Willen des Bekennenden nicht ausdehnen. — Hierin bestehen alle Erfordernisse eines vollgültigen, ausdrücklichen Bekenntnisses jeder Art, des gerichtlichen wie des außergerichtlichen, schriftlichen wie mündlichen. Denn namentlich gehört dazu endlich die Gegenwart des Gegners nicht, weil, wenn diese auch im Römischen Rechte [26]) zu einer gültigen confessio in jure erfordert wird, dies nur die Folge der damaligen Behandlungsart der Rechtsstreitigkeiten war.

V. Aus den nicht uneingeschränkt abgelegten Geständnissen ist aber eine besondere Gattung entstanden, welche man limitirte [27]) (confessiones qualificatae im eigentlichen Sinne) zu

---

25) L. 4 C. de repud. heredit. (6, 31). L. 6, §. 1, D. de confess. (42, 1).

26) L. 6, §. 3, D. de confess. L. 13, §. 2, C. de judiciis (3, 1). Bayer, a. a. O., S. 705. Brackenhöft, a. a. O., S. 392.

27) Reinhardt ad Christinaeum, Vol. IV, no. 55. Consil. Tubingens., II, 123, no. 13; III, 203; V, 80, no. 41. Mevius, I, 123, no. 5. Hertius, decis. 164, no. 1; 375, no. 1; 726, no. 3. Horn, cl. 12, sent. 70, p. 885. Schorch, Consil., 224, 16. Boehmer, Jus eccles., II, 18, 2 et 3. de Graffen, Dissert. (Göttingen 1769). Sibeth, Skizze einer neuen Theorie der Klagen (Rostock 1799). Pfeiffer, Vermischte Aufsätze, 1803, S. 118. Bornemann, Ueber conf. qualif. im Civilproceß, 1806. Meyer, Untheilbarkeit des Geständnisses, 1812. Hundrich (Beiträge zur Berichtigung der Idee über das qualificirte Geständniß), Darstellungen (Quedlinburg 1819), Nr. 2. v. Nettelbladt, Rechtssprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim, Bd. 1, Nr. 42. Linde, Abhandlungen, I, 3, S. 88 fg. Gönner, Handbuch, II, Abh. 43. Francke, Versuche über die qualificirten Geständnisse (Kiel 1832). Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, XVI, 84 fg. Brackenhöft, das., XXII, 126 fg., 212 fg. Mühlenbruch, Grundriß, S. 143 fg. Schneider, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen, Neue Folge, IX, 1—66. Einert, das., S. 193 fg. Hänel, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Neue Folge, I, 387 fg. Götting, das., III, 165 fg. Bayer, a. a. O., S. 733 fg.

nennen pflegt und die für den Civilproceß von den wichtigsten Folgen sind. Man versteht[28]) hierunter ein solches Bekenntniß, wodurch eine Partei die factischen Behauptungen des Gegners zum eigenen Nachtheile zwar als richtig anerkennt, jedoch Zusätze hinzufügt, welche der eingeräumten Thatsache ihren Erfolg für diesen Rechtsstreit ganz oder theilweise wieder entziehen würden und wodurch der Bekennende andeutet, daß er die zugestandene Thatsache nur gewissermaßen als wahr anerkennt, z. B. wenn ein eingegangener Vertrag zwar zugestanden, beim Abschluß aber eine Suspensivbedingung, welche nicht eingetreten, behauptet, oder die vom Gegner angeführte Zahl und Größe der zu liefernden Gegenstände geleugnet wird. In solchen Fällen pflegt der Gegner des Bekennenden den eingeräumten Hauptthatumstand von der beigefügten Einschränkung zu trennen, jenen als ausgemacht anzunehmen, dagegen diese zu leugnen und den Beweis derselben von dem Bekennenden zu fordern, während der letztere dies verweigert und sein Geständniß für nicht genügend angesehen wissen will. Schon in der ältern Zeit[29]) hat man diese Streitfrage gekannt und häufig den Grundsatz aufgestellt: man müsse untersuchen, ob das qualificirte Geständniß trennbare Theile enthalte, oder ob es untrennbar sei. Im letztern Falle müsse der Gegner des Bekennenden das Geständniß entweder mit seinen Einschränkungen zugeben, oder das ganze Factum als geleugnet betrachten. Nun fing man aber in Bezug auf den einzelnen Fall an, darüber zu streiten, welche Bestandtheile einer Thatsache trennbar seien und welche nicht. Da die Gesetze[30]) über diesen Gegenstand schweigen, so hat man in neuerer Zeit mit Recht folgende Theorie darüber aufgestellt. Diejenigen Bestandtheile der streitigen Thatsache, welche in dem qualificirten Geständnisse eingeräumt sind, folglich von beiden Theilen über-

---

28) Bornemann, a. a. O., gibt die Definition zu eng, wenn er sagt: sie ist ein Geständniß des Beklagten mit der Limitation, daß ein bestimmter zum thatsächlichen Inhalte der Klage rechtlich, jedoch nicht wesentlich gehörender Umstand vom Kläger ausgelassen sei.

29) Glossa ad L. 9 C. de except. (8, 36). Linde, Abhandlungen, a. a. O.

30) Cap. 10 X. de fide instr. (2, 22) gedenkt der Beweislast nicht.

einstimmend erzählt werden, müssen stets von den übrigen getrennt werden und bedürfen keines weitern Beweises. Denn jedes juristische Factum, Rechtsgeschäfte, Delicte u. s. w., enthält eine Mehrzahl physisch getrennter Bestandtheile, welche auch in der Beweisführung, namentlich in Bezug auf die Mittel des Beweises, getrennt werden, indem z. B. der eine durch Urkunden, der andere durch Zeugen erwiesen werden soll, so daß kein Grund vorhanden ist, weshalb nicht bei den Geständnissen dasselbe gelten sollte. Es bleiben daher nur noch die streitigen Theile des Factums allein übrig, namentlich die Zusätze und Einschränkungen, welche der Bekennende anführt, der Gegner aber nicht zugibt, und sie bilden, soweit sie von Einfluß auf die künftige Entscheidung in der Hauptsache und den Nebenpunkten sind, den Gegenstand des Beweises. In Bezug hierauf ist dann die Entscheidung der Frage, welcher Partei die Verbindlichkeit obliege, solche streitige Umstände zu beweisen, von den allgemeinen Regeln über die Beweislast abhängig, weil sich andere specielle Vorschriften darüber nicht geben lassen (§. 182). Es wird also in einem solchen Falle hauptsächlich darauf ankommen, ob der Zusatz zu dem Geständnisse eine Antwort auf die Behauptung des Gegners enthält, oder eine neue selbständige Behauptung, eine Einrede oder Replik. Dies darf man nun wieder nicht nach der zufälligen Fassung der Erklärung des Bekennenden beurtheilen, sondern muß darauf lediglich die theoretischen Regeln von den Erfordernissen eines jeden Angriffs anwenden (§. 85, S. 458 fg.). Daher ist es Regel der Vorsicht, bei Abfassung solcher Erklärungen jene Unterschiede zu Grunde zu legen und im Nothfalle die Vorsichtsmaßregeln anzuwenden, welche in dieser Beziehung bereits oben (§. 85, S. 465 fg.) empfohlen sind.

VI. Wenn nun ein tadelloses Bekenntniß ohne erhebliche Einschränkung im einzelnen Rechtsstreite unzweifelhaft vorhanden ist, mag dasselbe sich in den Acten finden, z. B. in der Litiscontestation, oder mag dessen Vorhandensein auf andere Weise zu den Acten klar bewiesen sein, z. B. durch Zeugen, was besonders hinsichtlich der außergerichtlichen Geständnisse nöthig sein kann, dann äußert dieses vollständige Geständniß folgende Wir-

kungen[31]): 1) Es wird für das Gericht völlige Kraft der Ueberzeugung, mithin juristische Civilgewißheit, in Ansehung der eingestandenen Thatumstände durch alle gerichtlich abgelegten Geständnisse ohne irgend weitern Unterschied begründet. Ein Gleiches ist selbst in Ansehung der schriftlichen außergerichtlichen[32]) Bekenntnisse nach den allgemeinen Bestimmungen in der L. 13 C. de non numerat. pecun. (oben Note 14) keinem Zweifel unterworfen. Hinsichtlich der mündlichen außergerichtlichen Geständnisse könnte dagegen ein Zweifel hierüber entstehen, da die Gesetze von diesen nur wenig enthalten; allein sobald es klar ist, daß auch bei einem solchen Geständnisse die Erfordernisse der Gültigkeit nicht fehlen, so muß dann demselben die gleiche Beweiskraft, wie den schriftlichen Bekenntnissen beigelegt werden, theils weil der nämliche Grund der Wirksamkeit der Geständnisse überhaupt, die Disposition über das Seinige, eintritt, theils weil das Kanonische Recht den Grundsatz der citirten Gesetzstelle auf solche Bekenntnisse ausdrücklich anwendet und deshalb einem solchen mündlichen Bekenntnisse den Vorzug vor einer eidlichen Versicherung einräumt[33]). 2) Es genießt jedoch jedes vollständige Bekenntniß jene Wirksamkeit nur in Bezug auf diejenigen Personen, denen gegenüber es abgelegt ist, nicht in Bezug auf jeden Dritten[34]), und ebenso wenig in Ansehung eines andern Gegenstandes, als in Bezug auf welchen dasselbe abgelegt wurde. In Ansehung der gerichtlichen Geständnisse stimmt dies mit der all-

---

31) Bayer, a. a. O., S. 701 fg., 713 fg.

32) L. 25, §. 4, D. de probat. (22, 3). Cap. 14 X. de fide instrum. (2, 22). Gesterding, Nachforschungen, II, 112 fg. v. Savigny, System, VII, 44. Wetzel, System, I, §. 22.

33) L. 5 C. de transact. (2, 4); vergl. mit Cap. 10 X. de probat. (2, 19).

34) L. 22 D. de interrog. (11, 1). Procuratore Caesaris ob debitum fiscale interrogante, unus ex filiis, qui nec bonorum possessionem acceperat, nec heres erat, respondit, se heredem esse; an quasi interrogatoria creditoribus caeteris teneatur? Respondit ab his, qui in jure non interrogassent, ex responso suo conveniri non posse. Arg. L. 73, §. 4; 74 D. de regul. jur. (50, 17). L. 56 D. de re judic. (42, 1). Bülow und Hagemann, Bd. 1, Erört., 24, §. 4. Geiger und Glück, Rechtsfälle, II, 65. Bayer, a. a. O., S. 706. A. M. Gönner, a. a. O., S. 381—385.

gemeinen Regel überein, die von allen Civilbeweisen gilt, daß sie blos relative Wirksamkeit haben. In Ansehung der außergerichtlichen Geständnisse dagegen läßt sich dies nur dahin bestimmen, daß sie ihre volle Wirksamkeit lediglich in Bezug auf das Rechtsgeschäft äußern, in Bezug auf welches sie abgelegt wurden, weil jede Disposition einer Partei über das Ihrige keine ausdehnende Erklärung zuläßt, daß sie aber in anderer Beziehung höchstens einige Wahrscheinlichkeit begründen und nie volle Civilgewißheit erzeugen können. — 3) Endlich entsteht aber aus einem tadellosen Geständnisse keine unwiderlegliche Gewißheit, vielmehr kann dasselbe unter Umständen wieder entkräftet werden. Für die gerichtlichen Geständnisse ist dies in den Gesetzen [35]) ausdrücklich anerkannt, und muß um so mehr von den außergerichtlichen gelten, zumal es auch in Ansehung der schriftlichen Bekenntnisse in den Gesetzen [36]) namentlich ausgesprochen ist.

VII. Bei derartigen **Entkräftungen** eines **gültigen Geständnisses** müssen folgende **Einschränkungen** wohl beachtet werden: 1) Derjenige, welcher sein Geständniß zurücknehmen will, darf sich weder in dolo noch in lata culpa hinsichtlich der Ablegung desselben befinden [37]). Dies gilt namentlich von solchen Entkräftungen, die sich auf einen angeblichen Irrthum stützen. — Es müssen ferner 2) die dafür gesetzlich festgestellten Zeitbestimmungen beobachtet, und 3) gewisse Beweise geführt werden, ohne welche eine solche Entkräftung nicht zulässig ist. — In dieser letztern Beziehung sind die gerichtlichen Bekenntnisse von den außergerichtlichen wesentlich zu unterscheiden. Denn bei jenen erstern soll nach rechtskräftiger Beendigung des Rechtsstreits, worin sie abgelegt wurden, eine Revocation nur im Wege

---

35) L. 23, §. 11; 25, pr. D. ad leg. Aquil. (9, 2). L. 24, §. 4, D. de probat. (22, 3). L. 8 D. de confess. (42, 2). L. 11, §. 10—12, D. de interrog. (11, 1). Es schließt also den Gegenbeweis nicht aus. **Danz**, bürgerlicher Proceß, §. 299. **Weber**, a. a. O., S. 46 fg., 49. v. **Bethmann-Hollweg**, a. a. O., S. 311. A. M. **Schmid**, Handbuch, II, 222.

36) L. 26, §. 2, i. f. D. depositi (16, 3). L. 5 C. de transact. (2, 4). L. 13 C. de non num. pec. (Note 14).

37) L. 11, §. 11, D. de interrogat. (11, 1). Sed etsi quis sine dolo malo, culpa tamen responderit, dicendum erit, absolvi eum debere, nisi culpa dolo proxima sit. **Weber**, a. a. O., S. 49 (3. Ausg.).

einer förmlichen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestattet sein, sobald dazu die gehörigen Erfordernisse eintreten und die Unrichtigkeit des Gestandenen zugleich erwiesen wird, weil nur hierin eine Läsion bestehen kann [38]). Die vierjährige Verjährungszeit einer solchen Restitution soll aber hier von der Zeit des abgelegten Geständnisses an gerechnet werden [39]). So lange dagegen ein Rechtsstreit nicht völlig, namentlich nicht durch rechtskräftige Entscheidung beendigt ist, findet die Zurücknahme eines Bekenntnisses aus genügenden Gründen [40]) in der That statt, besonders wegen vorgefallenen Irrthums, und das nennt man nach der angezogenen Stelle des Kanonischen Rechts via ordinaria. Dabei entsteht die Frage, ob nach jetzigem Rechte nicht schon die Rechtskraft eines Zwischenerkenntnisses, wodurch z. B. die Beweislast, gestützt auf das abgegebene Geständniß, anders als sonst regulirt worden war, einer solchen via ordinaria entgegenstehen müsse. Dieselbe wird jetzt anders als nach Römischem Rechte entschieden, weil letzteres dergleichen rechtskräftige Zwischenerkenntnisse nicht kennt; es möchte daher bei uns keinem Zweifel unterliegen, daß auch diese Art von Rechtskraft ebenso wie die eines Endurtheils keinen andern Weg der Zurücknahme übrig lasse, als den der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Sollte aber ein solches rechtskräftiges Erkenntniß nicht entgegenstehen, dann können Geständnisse [41]), welche entweder von der Partei persönlich oder in ihrer Gegenwart durch deren Advocaten

---

38) L. 7, 8 C. de jur. et fact. ignor. (1, 18). L. 3 C. de error. advoc. (2, 10). Cap. 2, de restitut. in integr. in VI^{to}. (1, 21). Ubi vero per viam communem revocationis erroris, quem in facto praetendit, vult adversus suam confessionem ecclesia se juvare, hoc quandocunque poterit, donec negotium sit finitum.

39) Cap. 2 X. cit. Si adversus confessionem in judicio a se factam laesa ecclesia beneficium restitutionis in integrum, intra quadriennium ab ipsius confessionis tempore computandum, petere negligenter omittat.

40) L. 11, §. 10, D. de interrog. (11, 1) — qui justo errore ductus negaverit se heredem, venia dignus.

41) L. 13 C. de error. adv. (2, 10). Weber, a. a. O., S. 50 fg. Lotz, Archiv für civil. Praxis, III, 101 fg. — Brackenhöft, a. a. O., S. 362, 408 fg., entwickelt abweichende Ansichten.

mündlich abgelegt wurden oder sich in Schriften befinden, welche von dem Clienten oder dessen Procurator unterzeichnet sind, zwar allerdings noch revocirt werden, jedoch nur innerhalb der nächsten drei Tage [42]) von Zeit des abgelegten gerichtlichen Geständnisses an, wenn die Partei nicht den Beweis des begangenen Irrthums übernehmen will. Das Römische Recht hat nämlich hierbei die Geständnisse den Urtheilen, gegen welche man ehedem binnen drei Tagen [43]) appelliren konnte, gleichgestellt und nach dieser Analogie innerhalb drei Tagen den Widerruf des Geständnisses zugelassen. Sind dagegen jene drei Tage bereits abgelaufen, so kann die Revocation nur dann geschehen, wenn zugleich die Unrichtigkeit des Geständnisses dargethan wird. Solche Geständnisse dagegen, welche vor Gericht in Abwesenheit des Principals oder dessen Procurators von dem Advocaten mündlich oder in solchen Schriften abgelegt sind [44]), welche weder vom Principal noch vom Procurator unterschrieben waren, sollten eigentlich für völlig ungültig geachtet werden und deshalb keiner Revocation bedürfen. Allein gewöhnlich wendet man auch hierauf das Recht der Zurücknahme so an, daß man dem Principal noch drei Tage vom Zeitpunkt des erfahrenen Geständnisses an gestattet, um jenes Bekenntniß zurückzunehmen, sobald er sich nur nicht in Bezug darauf in lata culpa befand, daß er dasselbe überhaupt nicht früher erfuhr. Bestritten ist dabei jedoch, ob der Principal nicht auch in diesem Falle die Unrichtigkeit des Geständnisses beweisen müsse. Es würde dies jedoch offenbar nach dem vom vorigen Falle entlehnten Argumente zu hart sein; man muß daher vielmehr eine einfache Revocation innerhalb jener drei Tage gestatten und jenen Beweis nur dann auflegen, wenn die Re=

---

42) L. 3 C. cit. — id est triduo proximo. Ueber diese Worte: Glück, a. a. O., Nr. 19, Weber, a. a. O., S. 52, auch Brackenhöft, a. a. O., S. 366 fg.

43) L. 5, §. 4; L. 20, pr., §. 1, D. de appell. (49, 1). L. 1, §. 5—15; L. 2 D. quando appell. (49, 4). L. 6, §. 5, C. de appell. (7, 3). v. Bethmann=Hollweg, Handbuch, S. 355. — L. 6, § 6, D. de confess. (42, 2) Confessi utique post confessionem tempora quasi ex causa judicati habebunt.

44) Tot. tit. C. de error. adv. (2, 10).

vocation nach dieser Zeit oder wol gar erst in der Appellationsinstanz erfolgen sollte.

VIII. Was aber die Zurücknahme der außergerichtlichen Geständnisse betrifft, so ist diese bei den schriftlichen Bekenntnissen über ein empfangenes Darlehn, oder einen Brautschatz, oder bei Quittungen über geschehene Zahlungen besonders begünstigt. Denn bekanntlich wird nach den gesetzlichen Bestimmungen gestattet, durch die sogenannte except. non numeratae pecuniae vel dotis [45]), die Zurücknahme solcher Geständnisse, ohne daß die Partei den Beweis der Unrichtigkeit des Bekenntnisses zu führen braucht, innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist zu bewirken. Sobald dagegen die gesetzlichen Fristen abgelaufen sind, ist nach der richtigen Meinung eine weitere Anfechtung dieser Geständnisse nicht zulässig, auch ein Gegenbeweis nicht gestattet, wenn nicht ein wahrer dolus Desjenigen dargethan werden kann, der aus solchen Bekenntnissen sich einen widerrechtlichen Vortheil verschaffen will [46]). Allerdings wird selbst in den Gesetzen [47]) die Rüge des nicht empfangenen Geldes auch in solchen Fällen gewöhnlich eine Einrede genannt. Genau genommen liegt jedoch darin nur eine verneinende Antwort auf diejenigen Behauptungen, welche durch eine solche Urkunde bewiesen werden sollen, weil die producirte Urkunde so lange keine Beweiskraft erlangt hat, als die gesetzlichen Fristen nicht abgelaufen sind, und es darum genügt, wenn der Aussteller derselben den Mangel an der Beweiskraft der Urkunde rügt und zugleich die materielle Behauptung des Gegners selbst in Abrede stellt, indem dann das Document als gar nicht vorhanden betrachtet wird. Hieraus

45) L. 14 C. de non num. pec. (4, 30). Nov. 100, cap. 1 et 2. Glück, Comment., XII, §. 786—788. Pfeiffer, Vermischte Aufsätze, Nr. 3. Hansen, Archiv für civil. Praxis, IV, 45 fg. Unterholzner, das., VII, 6 fg. v. Reinhardt, Vermischte Aufsätze, I, 9. v. Savigny, System, V, §. 253, S. 416 fg. Bayer, a. a. O., S. 714.

46) L. 14, §. 3, C. de non num. pec. Cropp in Heise u. Cropp, Abhandlungen, I, Nr. 18, §. 11, 31—33. Mühlenbruch, Pandekten, II, §. 376. v. Vangerow, Leitfaden, I, §. 166. Wening-Ingenheim (Ausg. 11 von Fritz), II, 316 fg. — Anderer Meinung Unterholzner, a. a. O., §. 6, S. 49 fg. Puchta, Pandekten, §. 305; Vorlesungen, II, 166.

47) L. 10, 14, §. 3, 4, i. f. C. loc. cit.

darf man aber nicht, wie dies häufig geschieht, folgern, daß dergleichen Urkunden auch von Amtswegen für beweisunfähig erklärt werden könnten, unerachtet der Aussteller derselben die mehrgedachte Einrede, obgleich sie noch zulässig war, nicht vorgeschützt hat. Denn da die Regel für die Beweiskraft der Geständnisse spricht und aus dem Mangel des Ablaufs jener gesetzlichen Frist nicht ohne Weiteres folgt, daß der Aussteller wirklich jene Einrede vorschützen könne, so muß das Gericht erst die Rüge der Partei abwarten, ehe es die Urkunde verwerfen kann, indem es sonst einen möglichen Umstand als einen wirklichen voraussetzen würde, ohne dazu irgend berechtigt zu sein. — Die Befugniß zur Zurücknahme schriftlicher Geständnisse bei den obengenannten drei Arten von Geschäften hat so viel Eigenthümliches, daß man eine Ausdehnung der dabei geltenden Grundsätze auf andere schriftliche Bekenntnisse nie erlauben darf, namentlich nicht auf trassirte Wechsel, ertheilte Assignationen und am wenigsten auf Schuldbekenntnisse aus einem vorhergegangenen zweiseitigen Vertrage [48]). Alle dergleichen Urkunden, bei welchen jene Einrede nicht stattfindet, und alle mündlichen Bekenntnisse, welche revocirt werden sollen, können daher zwar ohne Einschränkung auf eine bestimmte Zeit, aber auch nicht anders zurückgenommen werden, als wenn man entweder beweist, daß die eingeräumte Thatsache dem wahren Hergange der Sache zuwider sei, oder daß es dem einzelnen Geständnisse an den Voraussetzungen vollkommener Gültigkeit mehr oder weniger fehle. Die erstere Art des Entkräftungsbeweises bei außergerichtlichen schriftlichen Bekenntnissen ist nicht nur im Falle der L. 13 C. de non num pec., sondern auch in andern Stellen [49]) ausdrücklich anerkannt. Was aber von schriftlichen Bekenntnissen in dieser Beziehung gilt, muß vermöge eines Schlusses a majori ad minus in Ansehung der Widerlegung mündlicher Geständnisse, welche zudem viel leichter aus Uebereilung oder Irrthum abgelegt werden, als dies bei schriftlichen der Fall sein wird, gewiß ebenfalls gelten. — Die letztere Art des Beweises dagegen, welche von der Mangelhaftigkeit der Voraussetzungen eines Geständnisses hergenommen ist,

---

48) L. 13 C. de non num. pec.
49) Z. B. L. 25, i. f. D. de probat. (22, 3).

wird zwar in den Gesetzen nicht namentlich zugelassen, hat aber darum keinen Zweifel, weil diese Voraussetzungen die Bedingungen der Ueberzeugungskraft des Geständnisses bilden.

IX. Hiermit wird zugleich die Frage entstehen und beantwortet werden müssen, welche Kraft einem Geständnisse, dem irgend etwas mangelt, was zu seiner Vollgültigkeit gehört, überhaupt beizulegen sei. In dieser Beziehung hat man dann aber zwei Arten des Mangels an den Voraussetzungen eines gültigen Bekenntnisses zu unterscheiden: den Fall, wo es der Person des Bekennenden an der Fähigkeit dazu fehlt, sei es, weil ihr die Befugniß abgeht, über das in Frage stehende Object zu disponiren, sei es, weil es an der gehörigen Bestimmtheit und freien Willkür bei der Ablegung des Geständnisses mangelt; und dann den Fall, wo die Absicht zu bekennen zweifelhaft wird, sei es, daß etwa ein Irrthum obzuwalten scheint, oder daß das Geständniß nicht in demselben Rechtsstreite abgelegt ist, oder endlich, daß das Geständniß als ein außergerichtliches bei Gelegenheit eines andern Rechtsgeschäfts vorkam. Im erstern Falle würde ein Gegenbeweis dem Geständnisse alle Kraft nehmen, im letztern dagegen das Geständniß allerdings sehr oft einige Wahrscheinlichkeit behalten und keineswegs völlig kraftlos sein. Es muß daher solchenfalls dem Ermessen des Richters überlassen bleiben, über den Grad der Wahrscheinlichkeit nach den Umständen des einzelnen Falles ebenso zu urtheilen, wie dies hinsichtlich der Zeugen, welche verdächtig erscheinen, der Fall ist.

§. 129.

b) Von der eidlich bestärkten Behauptung [1]).

I. Nur vermöge positiver gesetzlicher Vorschriften, nicht nach der Natur der Sache, kann die Versicherung einer Partei, daß

---

1) Barth, Beiträge zur Lehre vom Haupteide im Civilproceß (Augsburg 1832). Leue, Natur des Eides (Aachen 1836). Göschel, Der Eid nach seinem Princip (Berlin 1837). Brackenhöft, Archiv für civil. Praxis, XXIX, 1 fg., 352 fg. v. Savigny, System, VII, §. 309—314, S. 47—90. Schmid, Handbuch, §. 158 fg., II, 328 fg. Wetzel, System, I, §. 25. Bayer, Civilproceß, 8. Aufl., S. 868 fg.

in ihrem Rechtsstreite eine ihr vortheilhafte Thatsache wahr sei, dem Gerichte diese angebliche Thatsache glaubhaft oder wol gar gewiß machen — folglich jene Behauptung zu einem Beweisgrunde erheben. Im Allgemeinen spricht sich das gemeine Recht ausdrücklich gegen eine solche Annahme aus und macht nur dann eine Ausnahme, wenn eine eidliche Bestärkung der Behauptung auf rechtsgültigem Wege hinzutritt [2]). Insoweit nun im heutigen Civilprocesse der Eid als Beweisgrund [3]) vorkommt, ist er assertorischer Natur und hängt regelmäßig von dem Begehren, dem Antrage einer der Parteien ab. Schon das Römische Recht [4]) kennt den freiwilligen Haupteid als einen Beweisgrund für Civilrechtsstreitigkeiten, unterscheidet aber eine doppelte Art desselben, den außergerichtlichen und den gerichtlichen. Die Bestimmungen über beide Arten kommen, obgleich sie wesentlich voneinander abweichen, in den Quellen untermischt vor, deshalb muß man sie genau von einander unterscheiden. — Nach dem Römischen Rechte diente 1) der außergerichtliche Eid dazu, gleich bei der ersten Eröffnung eines Rechtsstreits diesen, bevor er noch förmlich begonnen hat, und namentlich vor allem weitern Verfahren sogleich zu beendigen; es geschah dies schon vor dem Prätor (in jure), ehe noch ein judex ernannt worden war. Diese Art des Eides war einem Vergleiche durchaus ähnlich und setzte daher eine Vereinigung beider Parteien voraus, sowol über Das, was geschworen werden sollte, als über diejenige Person, welche den Eid zu leisten hatte. Ein Zwang fand in dieser Beziehung gegen keine der Parteien statt, und ebenso wenig war es weder darauf abgesehen, den Richter von der Wahrheit einer Thatsache durch einen solchen Eid zu überzeugen, noch auch ihn in den Stand zu setzen, ein Urtheil zu fällen, weil mit der wirk-

---

2) Nov. 48, cap. 1, §. 1. L. 7 C. de probat. (4, 19). — L. 3 pr. D. de jurejur.

3) Gensler, Archiv für civil. Praxis, I, 54, bezweifelt dies.

4) L. 1 D. de jure jurejurando sive voluntario sive necessario sive judiciali (12, 2). Maximum remedium expediendarum litium in usum venit, jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae. Vergl. Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 127, 135, 150. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 268 fg. v. Savigny, a. a. O., S. 85.

lichen Ableistung des verabredeten Eides die Sache von selbst beendigt war und keines weitern Richterspruches bedurfte. Daher fehlt es nicht an Gesetzstellen [5]), welche dergleichen Eide auch über irrelevante Thatsachen oder solche in folle, z. B. über das Eigenthum, ja wol gar über einen Gegenstand der Beurtheilung, z. B. über den Werth eines Gegenstandes, im Allgemeinen für zulässig und wirksam deshalb erklären, weil ein Vergleich über diese Gegenstände kein Bedenken haben konnte. Es haben dann auch die Gesetze [6]) einem solchen Eide dieselben rechtlichen Wirkungen beigelegt, wie einer confessio in jure, welche bekanntlich die Wirkung einer rechtskräftigen Entscheidung hatte, ohne ein Urtheil zu verlangen. Eine Folge davon war, daß aus dergleichen außergerichtlich abgelegten Eiden eine eigene Klage und Einrede abgeleitet wurde [7]). Heutzutage kommt im Ganzen ein solcher Eid selten vor und gehört in keinem Falle zu den Beweisgründen für Civilgerichte. — Dies Letztere ist dagegen allerdings 2) in Ansehung des gerichtlichen Haupteides der Fall, welcher erst in der spätern Zeit bei den Römern, veranlaßt durch jenen erstern, üblich geworden ist. Man bediente sich dieses Eides nicht in jure, sondern erst während der gehörigen Verhandlung des Rechtsstreits, also bei dem judex, und zwar zu dem Zwecke, um die Wahrheit einer oder mehrer Thatsachen darzuthun, welche als Bestandtheile der Klage oder Einrede vorkamen und vom Gegner geleugnet wurden. Dieser Eid sollte daher kein Mittel sein den Streit beizulegen, vielmehr nur dazu dienen, das Gericht in den Stand zu setzen, das erforderliche Erkenntniß in der Sache zu fällen, weshalb denn auch der gerichtliche Eid ausdrücklich [8]) ein Beweisgrund genannt wird.

---

5) Z. B. L. 28, 30 D. tit. cit.

6) L. 1, pr. D. quar. rer. actio (44, 5). Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet, non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum. L. 56 D. de re judic. (42, 1).

7) L. 28, §. 10, D. de jurejur. (12, 2). Item cum ex hac parte jusjurandum et actionem et exceptionem inducat, si forte reus extra judicium actore inferente juraverit. L. 8 C. de reb. cred. (4, 1).

8) L. 5, §. 2, D. de jurejur. (12, 2). Dato jurejurando non aliud quaeritur quam an juratum sit? remissa quaestione, an debeatur, quasi

II. In dieser Eigenschaft als Beweisgrund wird dann ein solcher Eid bald ein freiwilliger (juramentum voluntarium) genannt, weil das Gericht nicht befugt ist, aus eigenem Antriebe einer der Parteien den Eid zuzuerkennen, sondern abwarten muß, ob diejenige Partei, welche den Beweis zu führen verpflichtet ist, ausdrücklich verlangt, daß ihr Gegner den Eid über die Wahrheit des zu erweisenden Thatumstandes schwöre; bald ein nothwendiger (juramentum necessarium), weil der Civilrichter am Schlusse der Beweisinstanz bei unvollständig ausgefallenem Beweise einer der Parteien nach seinem Ermessen einen Eid aufzuerlegen befugt ist. — Auch bei dem freiwilligen Haupteide findet im Gebrauche desselben allerdings ein gewisser Zwang statt, indem Derjenige, welchem der Eid zugeschoben wird, sich nicht weigern kann, ihn entweder anzunehmen und selbst abzuleisten, oder ihn seinem Gegner zurückzugeben, damit dieser den Eid schwöre, oder endlich sein Gewissen mit Beweis zu vertreten, d. h. den Versuch zu machen, ob er auf andere Weise Das, was er beschwören soll, darthun könne. Thut die Partei, welcher der Eid angetragen ist, keins von allen dreien, so wird sie eines unwahren Leugnens für überführt geachtet.

III. Insofern nun der freiwillige gerichtliche Haupteid nur einen Grund für die richterliche Ueberzeugung von solchen Thatsachen abgeben soll, welche in einem bürgerlichen Rechtsstreite zu beweisen sind, kann 1) weder etwas Unerhebliches [9]), noch ein Rechtssatz, noch eine so allgemeine Thatsache, daß man dabei der Beurtheilung des Schwörenden Alles überlassen müßte, z. B. ein Gewohnheitsrecht, dessen Gegenstand sein, vielmehr muß der Gegenstand des Eides in einzelnen Thatsachen bestehen, deren Wahrheit oder Unwahrheit der Schwörende selbst zu kennen im Stande ist, weil nur unter dieser Voraussetzung eine richterliche Ueberzeugung durch den Eid bewirkt werden kann. Aus gleichem Grunde kann endlich noch weniger der Eid über einen Rechtsbegriff angetragen werden. — Eben deshalb aber muß dann auch 2) die richterliche Befugniß und

---

satis probatum sit jurejurando. L. 11, §. 3, D. ibid. — perindeque haberi quod juratum est atque si probatum esset.

9) Jüngster Reichsabschied, §. 50.

Pflicht, die Formel des abzuleistenden Eides nach seinem Ermessen zu bestimmen [10]), weiter gehen, als man es sonst nach der Verhandlungsmaxime glauben sollte. Denn es kommt dabei darauf an, diejenigen Thatsachen, welche beschworen werden sollen, so deutlich auszudrücken und dergestalt zusammen zu stellen, daß nur das Relevante beschworen und jede Mentalreservation des Eidesleistenden dabei vermieden wird, das Gericht sich aber überzeugt, der Schwörende habe seinem besten Wissen und Gewissen nach diese Thatsachen als wahr oder unwahr beschworen. — 3) Durch Ableistung dieses Eides kann dann aber das richterliche Erkenntniß, so wenig das bei andern Beweisgründen der Fall ist, überflüssig werden. Denn der Einfluß der beschworenen Thatsache auf das Endurtheil folgt nicht von selbst, am wenigsten in den Fällen, wo der Eid nur über einen Theil des Beweissatzes gebraucht, der übrige Theil derselben aber durch andere Beweisgründe darzuthun versucht wird, was allerdings uneingeschränkt zulässig ist. Nur soviel ist noch zu erwähnen, daß ein Erkenntniß, welches in Folge eines solchen gerichtlichen Eides nach dessen Ableistung erfolgt, als blos declaratorischer Natur keine Anfechtung durch Appellation von Seiten des Deferenten gestattet [11]) (§. 112, IV., S. 549).

IV. Diese Grundsätze sind in Deutschland auf dem Grunde der Bestimmungen des Römischen und Kanonischen Rechts nach und nach wieder zur Geltung gelangt, nachdem man im Mittelalter längere Zeit mancherlei Misbräuche mit dem Eide getrieben hatte. Nur darüber hat man bis in neuere Zeit, besonders in Sachsen [12]), gestritten, ob diese Art von Eid auch unter dem Ausdruck „Beweis" mitbegriffen sei, und folglich, ob es, wenn auf Beweis erkannt wird, nöthig sei, auch die Eidesdelation dem Beweisführer namentlich vorzubehalten, wenn sie nicht im entgegengesetzten Falle für abgesprochen gehalten werden solle. In manchen sächsischen Proceßordnungen [13]) wird dieser Zweifel aller-

---

10) L. 34, §. 5, 8, D. de jurejur.

11) L. 12, §. 3, C. de rebus creditis (4, 1).

12) Osterloh, Sächs. ordentlicher Proceß, §. 282, Bd. 2, S. 352.

13) Alte sächs. Proceßordnung, Tit. 18, §. 1, 4. Eisen. Proceßordnung, Tit. 10, §. 5.

dings unterstützt, indem darin die Eidesdelation für unzulässig erklärt wird, sobald rechtskräftig auf Beweis erkannt ist, ohne den Eid ausdrücklich zu reserviren. Nach gemeinem Rechte ist dieser Streit völlig grundlos und der Eid unter den Beweismitteln unstreitig mitbegriffen, so daß es eines ausdrücklichen Vorbehalts derselben im Beweisinterlocut nicht bedarf.

V. Ist nun aber ein solcher freiwilliger Haupteid von einer der Parteien wirklich geschworen, so hat das Römische Recht 14) ihm eine so große Beweiskraft zugeschrieben, daß nicht einmal eine Widerlegung desselben, auch wenn der Eidesleistende des Dolus überführt, mithin nachgewiesen werden könnte, der Schwörende habe wissentlich einen Meineid geleistet, für zulässig erachtet ist. Wenn nun auch Justinian in einem ganz speciellen Falle hiervon eine Ausnahme 15) verordnet hat, so läßt sich diese Bestimmung doch nicht als ein generelles correctorisches Gesetz betrachten, vielmehr muß man für das Römische Recht bei der Unanfechtbarkeit des durch Eidesleistung festgestellten Resultats stehen bleiben 16). Allein durch die peinliche Gerichtsordnung, Art. 117, ist für Deutschland eine allgemeine Abänderung jener Bestimmung des Römischen Rechts erfolgt, indem darin dem Meineidigen die Verbindlichkeit auferlegt ist, vor allen Dingen den Schaden wieder zu ersetzen, den er durch sein Verbrechen dem Gegner gestiftet hat. Allerdings wird der gegen einen abgeleisteten Eid angetretene Entkräftungsbeweis, daß der Schwörende

---

14) L. 21 D. de dolo malo (4, 3). Quodsi, deferente me, juraveris, et absolutus sis, postea perjurium fuerit approbatum. Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam: Pomponius autem jusjurandum transactum videri. Quam sententiam et Marcellus lib. 8. Digest. probat. Stari enim religioni debet. — L. 22 eod. Nam sufficit perjurii poena. — L. 15 D. de except. (44, 1). L. 1 C. de reb. credit. (4, 1). L. 31 D. de jurejur.

15) L. 13 C. de reb. credit. — Nobis itaque melius visum est, repeti ab eo legatum — — nullumque ex hujusmodi perjurio lucrum ei accedere — — ne cui ex delicto impium sibi lucrum afferre nostris legibus concedatur. — Vergl. L. 41 C. de transact. (2, 4).

16) Glück, Commentar, XII, §. 798 b, S. 249 fg. Heffter, System des Civilprocesses, S. 200, §. 11 a. E. Bayer, a. a. O., §. 271, S. 905. — A. M. Schmid, Handbuch, II, 388; dagegen auch v. Savigny, System, VII, S. 67.

vorsätzlich einen Meineid begangen habe, gewöhnlich einen neuen Rechtsstreit vermittelst der actio de dolo veranlassen [17]); allein die Kraft des freiwilligen gerichtlichen Eides ist dadurch auf die allgemeine Regel zurückgeführt, daß die juristisch geführten Beweise den Gegenbeweis nicht ausschließen.

VI. Andere Voraussetzungen und Wirkungen treten bei dem nothwendigen Haupteide [18]) (juram. judiciale necessarium) ein, dessen sich, schon nach Römischem Rechte [19]), die Civilgerichte wegen Mangels an den Beweisgründen in den Fällen bedienen sollen, wo am Schlusse der Beweisinstanz die Beweisführung weder wirklich gelungen noch völlig mislungen ist, und wo doch das Gericht ein Erkenntniß zu fällen außer Stande sein würde, wenn es sich nicht aus dieser Verlegenheit durch Auferlegung eines solchen Eides an eine Partei heraushelfen dürfte. Der Ursprung dieses nothwendigen Eides ist nach aller Wahrscheinlichkeit ein römischer Gerichtsgebrauch gewesen, hierauf weisen die Gesetze hin, wenn auch hierüber mehrfach gestritten wird. Jedenfalls hat das Kanonische Recht [20]) diese Art von Eiden bestätigt und wol zuerst den Reinigungseid (juram. purgatorium) eingeführt, während das Römische Recht nur den Erfüllungseid (juram. suppletorium) gekannt zu haben scheint. Jedenfalls ist soviel ausgemacht, daß, solange die Beweisfristen noch nicht abgelaufen sind, man darüber noch keine Sicherheit hat, ob ein Mangel an den Beweisgründen im einzelnen Falle vorhanden sei oder nicht; und daß daher ein nothwendiger Eid früher nicht zur Anwendung kommen kann, als am Schlusse der Beweisinstanz, sofern nur daraus überhaupt einiges Resultat

---

17) Thibaut, System, III, §. 1162. Bayer, a. a. O. Dagegen wollen Andere die desfallsige Erörterung in das Criminalverfahren verweisen. Glück, a. a. O., S. 255.

18) Schneider, Lehre vom Beweise, §. 397—407, S. 535 fg. Glück, a. a. O., §. 811 und die dort Genannten. Schmid, Handbuch, II, 409 fg. Bayer, a. a. O., S. 910 fg.

19) L. 1, 31 D. de jurejur. L. 3, 12 C. de reb. cred. (4, 1). Malblanc de jurejur., §. 71. Gesterding, Ausbeute, Th. 6, Abh. 1, S. 107—123. Busch im Archiv für civil. Praxis, XXI, 195 fg.

20) Cap. 36, §. 1, X. de jurejur. (2, 24); Cap. 2 X. de probat. (2, 19). Wetzel, System, I, 167 fg.

bezüglich der Wahrheit der streitigen Thatsachen hervorgegangen ist, mithin das Endurtheil durch den Gebrauch dieses Eides bedingt werden muß.

VII. Ist nun aber der gemeinrechtliche Fall eines nothwendigen Eides vorhanden, so hängt es vom richterlichen Ermessen ab, welcher der beiden Parteien der Richter einen solchen auferlegen will, und hat er darauf einmal rechtskräftig erkannt, so ist die von ihm gewählte Partei unbedingt schuldig, jenen Eid abzuleisten, wenn sie nicht zugeben will, daß zu ihrem Nachtheil die Thatsache als wahr angenommen werde, in Bezug auf welche ihr der Eid auferlegt worden war. Ein Hinwegschieben des Eides von dieser Partei auf ihren Gegner findet nicht statt. Wird aber der nothwendige Eid in der einen oder andern Form wirklich geleistet, so hat das die Wirkung, daß das Civilgericht von der Wahrheit der dadurch beschworenen Thatsache so vollständig überzeugt wird, daß es darauf die Definitivsentenz stützt. Bei dem Erfüllungseide ist das aber um so natürlicher, weil dieser voraussetzt, daß ohnehin eine hohe Probabilität für die zu beschwörende Thatsache durch andere Beweisgründe bereits erbracht sei. Allein schon das Römische Recht nimmt bei diesem Eide die Zulässigkeit der Widerlegung leichter an, als dies bei dem freiwilligen Haupteide der Fall war, weil die Analogie des Vergleichs fehlt. Es bedarf namentlich nach Römischem Rechte dazu keines Beweises, daß der Schwörende einen Meineid begangen habe, es genügt vielmehr, wenn ein neuer besserer Beweis des Abgeschworenen mittelst herbeigeschaffter neu aufgefundener Urkunden geführt wird; ja es ist sogar zweifelhaft, ob dies auf Urkunden zu beschränken sei, oder ob nicht vielmehr alle Arten neu aufgefundener Beweismittel zugelassen werden müßten [21]. Nach dem heutigen Proceßgange dagegen, wo bestimmte Beweisfristen den Parteien vorgeschrieben werden und wol gar durch das Gesetz normirt sind, läßt sich von einer Entkräftung des nothwendigen Haupteides nur dann Gebrauch machen, wenn zugleich hinreichende Gründe beigebracht werden, welche eine Re-

---

21) L. 31 D. de jurejur.; vergl. mit L. 1 D. de fide instrum. (22, 4). — Gensler, Archiv für civil. Praxis, IV, 119. Glück, a. a. O., §. 812, S. 393 fg. Schmid, a. a. O., S. 414. Bayer, a. a. O., S. 912.

stitution gegen den Ablauf der Beweisfrist als statthaft erscheinen lassen würden, wogegen im Uebrigen das Römische Recht, da es diese Fristen nicht kannte, jetzt in dieser Beziehung keine Anwendung mehr finden kann. — Der Erfüllungseid des gemeinen Rechts hat es übrigens wol veranlaßt, wenn nach Landesgesetzen oft auch die Handelsbücher [22]) der Kaufleute, eidlich bestärkt, vor Gericht bald bei Rechtsstreitigkeiten der Kaufleute unter sich, bald auch gegenüber andern Käufern und Schuldnern die Größe der Schuld genügend erweisen. Dem gemeinen Rechte ist das so unbekannt wie der Erfüllungseid einer Erbschaftsspecification, welche an die Stelle eines Inventars treten soll.

VIII. Das Römische Recht kennt noch eine dritte Art eidlicher Bestärkung von Behauptungen, welche einer Partei im Civilprocesse nützlich sind, den Würderungs- oder Schätzungseid (juramentum in litem) [23]). Es kam dieser Eid schon früh im Römischen Rechte [24]) vor, ist jedoch kein Beweisgrund, vielmehr nur eine Maßregel, wodurch die Quantität eines Schadens zwar probabel gemacht, das Gericht aber nicht von dem Beschworenen überzeugt wird. In der Regel erkennt das Gericht ohne Veranlassung der Partei, welche sich allerdings zu diesem Eide offeriren kann, auf einen solchen Eid [25]), ohne jedoch berechtigt zu sein, die Partei, welche zur Ableistung des Eides befugt ist, zu dessen Ableistung zu zwingen, oder wol gar das Präjudiz hinzuzufügen, daß widrigenfalls das zu beschwörende

---

22) Geiger u. Glück, Rechtsfälle, I, Nr. 4, u. die im Comp. §. 206, Note h, Genannten; auch Mittermaier, Deutsches Privatrecht, §. 485, Note 7; §. 514, 515. Glück, Commentar, XXII, 62 fg. Bayer, a. a. O., S. 841, 961.

23) L. 1, 2, 8 D. de in litem jurando (12, 3). L. 18, pr. D. de dolo (4, 3). Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung (3. Aufl.), S. 186. Gesterding, Nachforschungen, I, 27—44. Hänel, Schadenersatz, §. 92—97. Mühlenbruch, Civilproceß, §. 487. Schröter in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, VII, 356 fg. Glück, a. a. O., XII, §. 813. v. Savigny, System, V, 221 fg. Bayer, a. a. O., S. 915 fg. — Schwarze in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen, N. F., IV, 209 fg.

24) Zu Cicero's Zeit. Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 135.

25) L. 2 C. de in litem jur. (5, 53). L. 4, pr., §. 1, D. de in litem jur. L. 71 D. de rei vind. (6, 1). Schröter, a. a. O., S. 404 fg.

Factum für unwahr werde gehalten werden. Vielmehr hat der Beschädigte das Recht, den Schaden auf andere Weise darzuthun, und beschränkt sich der Eid nur auf die Quantität eines der Partei widerrechtlich zugefügten Schadens, welcher nach richterlichem Ermessen festgestellt werden soll und wobei das Gericht zur Unterstützung dieses Ermessens einen Eid vom Beschädigten leisten läßt, sobald er dazu bereit ist, sein Gegner aber durch bösen Willen oder grobes Verschulden [26]) denjenigen Schaden veranlaßt hat, der nunmehr zu taxiren ist. Da andere Unterstützungsbeweise bei diesem Eide nicht vorausgesetzt werden, vielmehr die ganze Behandlung der Sache als eine Art Privatstrafe dessen angesehen wird, der den Schaden auf solche Weise gestiftet hat, so konnte dem fraglichen Eide volle Beweiskraft nicht beigelegt werden. Es enthält derselbe eben nur eine subjective [27]) Schätzung und erzeugt daher keine juristische Gewißheit, wie sich auch daraus ergibt, daß dem Richter ausdrücklich die Befugniß ertheilt wird, die durch den Eid festgestellte Schätzung, wenn sie ihm übertrieben erscheint, herabzusetzen [28]). — Als noch weiter gehend ist der Zenonianische [29]) Eid zu betrachten, da bei diesem Schätzungseide der Schwörende den Verlust der Sache selbst beschwört, nicht blos deren Werth. — Der in Landesgesetzen vorkommende Minderungseid [30]) ist dem gemeinen Rechte unbekannt.

---

26) L. 2 C. de in litem jur. (5, 53). Is, qui rationem tutelae — reposcit, invitus in litem jurare compelli non potest, sed volens ita demum audiendus est, si heres — instrumenta dolo, vel circumveniendi pupilli gratia, exhibere non vult. Sin vero neque dolus neque lata culpa neque fraus heredis convincitur, omissa jurisjurandi facultate judex de veritate cognoscet: quae etiam argumentis liquidis investigari potest. L. 4, §. 4; L. 5, §. 3, D. eod. tit. (12, 3).

27) L. 68 D. de rei vind. (6, 1). L. 1, 8 D. de in litem (12, 3). L. 2 C. eod. tit. L. 9 D. de act. rer. am. (25, 2). Strube, II, Bedenken 93. Bayer, a. a. O., S. 918. Vergl. auch Glück, a. a. O., S. 421 fg. Schröter, a. a. O., S. 305 fg.

28) L. 4, §. 2; L. 5, §. 1, 2, de D. in litem jur. L. 3, §. 2, D. ad exhibend. (10, 4). Schröter, a. a. O., S. 395—404.

29) L. 9 C. unde vi (8, 4). Cap. 7 X. de his, quae vi (1, 40). Strube, I, Bedenken 93. Schröter, a. a. O., S. 409 fg. v. Savigny, Besitz (6. Aufl.), §. 40, S. 539, Note 1.

30) Reinhardt ad Christin. I, obs. 59, n. 32. Cramer, Wetzlar. Nebenst., 52, S. 39.

§. 130.

II. Von des Gerichts eigener Wahrnehmung der Thatsachen.

a) Vermittelst der äußeren Sinne.

I. Der unbestrittene und unbestreitbare Grundsatz des Civilprocesses: judici fit probatio, non partibus — d. h. der Zweck und Erfolg aller Beweisführung sowie aller Beweisgründe ist einzig darauf berechnet, das Civilgericht, nicht aber die Parteien von der juristischen Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit der streitigen Thatsachen nach den Gesetzen zu überzeugen, damit dasselbe sein Richteramt im einzelnen Fall ausüben könne — hat es zur Folge, daß des Civilgerichts eigene Wahrnehmung von der Existenz oder Beschaffenheit streitiger aber relevanter Thatsachen den größten Einfluß auf die Ueberzeugung des Gerichts haben muß. Denn schon im gemeinen Leben hält man Dasjenige für am meisten gewiß, was man durch die eigenen Sinne wahrnimmt, oder wovon man sich durch logisch richtige Schlußfolgerung mehr oder weniger überzeugt. Sollte diese Art der Ueberzeugung dem Richter verboten sein, so müßten die Proceßordnungen ein solches Verbot enthalten; dieses aber findet sich nicht nur nicht, es enthalten die Gesetze vielmehr Beispiele [1]), worin diese Befugniß des Richters auch für Civilsachen ausdrücklich anerkannt wird. Wir haben daher von dieser zweiten Classe processualischer Beweisgründe zwei Arten zu unterscheiden, diejenige, welche auf der sinnlichen, und diejenige, welche auf der rationellen Wahrnehmung des Richters beruht.

II. Die erste Art eigener Wahrnehmungen des Richters, welche a potiori Augenschein [2]) genannt wird, begründet nach

---

1) L. 32 D. de minor. (4, 4). §. 9. J. de gradib. (3, 6). L. 8, §. 1, D. fin. regund. (10, 1).

2) Jüngster Reichsabschied, §. 51. Walch in Martin's Magazin, S. 82 fg. Gönner, Handbuch, II, 44. Pratobevera, Materialien, VIII, 2, S. 215 fg. Puchta in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, III, 31 fg. Schmid, Handbuch, II, 309. Bayer, Civilproceß, S. 819 fg.

der Ausdrucksweise der ältern Juristen und des Kanonischen Rechts evidentiam facti[3]); wiewol namentlich die deutschen Gesetze diesen Ausdruck auch auf recht stringente Schlußfolgerungen angewendet haben. — Nach allgemeinen Regeln ergeben sich aber folgende Erforderniße bei Einnahme eines gerichtlichen Augenscheins. 1) Muß das Gericht, welches denselben einnimmt, als solches gehörig besetzt sein und innerhalb der Grenzen seines Gerichtsbezirks und seiner Gerichtsbarkeit die in Frage stehende Thatsache sinnlich wahrnehmen können. Es folgt dies mit Nothwendigkeit daraus, daß es sich dabei nicht um eine bloße Privatkenntniß der einzelnen Gerichtspersonen, sondern um die Ueberzeugung des Gerichts als solchen[4]) handelt, weshalb denn auch über den Act selbst ein Protokoll aufzunehmen ist. Sollte daher nur eine einzelne Gerichtsperson die Einnahme eines Augenscheins vorgenommen haben, der sich nicht wiederholen ließe, so würde man sich dieser Gerichtsperson nur in der Eigenschaft eines Zeugen bedienen und sie als solchen gehörig abhören lassen können[5]). 2) Bei der Einnahme des Augenscheins müssen aber auch beide Parteien zugegen oder doch wenigstens dazu vorgeladen sein, so daß es ihnen selbst zur Last fällt, wenn sie nicht erscheinen. Dies bringt nicht nur die allgemeine Form der gerichtlichen Verhandlungen in Civilsachen mit sich, sondern ist auch nöthig, um eine Controle über das Gericht auszuüben, welche den Parteien zum mindesten erlaubt ist. 3) Endlich muß der Gegenstand der Ocularinspection theils ein gegenwärtiger sein, so daß jedoch darunter zugleich die Spuren der Vergangenheit mit zu begreifen sind, theils ein solcher, welcher ohne[6]) Kunstkenntniß gehörig wahrgenommen werden kann. Das Erstere ist nothwendig,

---

3) Cap. 13 X. de restitut. spol. (2, 13) — nec etiam per evidentiam facti nobis constare potuerit, Cap. 2, de V. S. in VI[to] (5, 12). Gonzalez Tellez, Comment. ad decret., V, 1, cap. 9. — Reichsabschied von 1594, §. 69: wenn verus dolus — ex indiciis perspicuis seu evidentia facti ist dargethan.

4) L. 5, §. 2, C. de recept. (2, 56).

5) Arg. Cap. 28 X. de test. (2, 20). Reinhardt ad Christin., II, obs. 23. Wernher, I, 1, obs. 361, n. 3.

6) Arg. L. 1, §. 4 D. de inspic. (25, 4). Cap. 14 X. de probat. (2, 19); Cap. 6 X. de frigid. (4, 15).

weil man sonst die Schlußfolgerung nicht gehörig vom Augenschein unterscheiden würde, wollte man den Beweis einer vergangenen oder künftigen Beschaffenheit des besichtigten Objects daraus herleiten; das Letztere hingegen darum, weil die Gerichtspersonen nur als Juristen vom Staat anerkannt sind, nicht aber in der Eigenschaft von Kunstkennern, sollten sie auch zufällig besondere Kunstkenntniß besitzen. Außerdem würde es bedenklich sein, dasselbe Individuum in doppelter Eigenschaft gelten zu lassen, einmal in der als Richter und dann in der als Kunstverständiger, weil bei dieser Vereinigung Alles von der Kenntniß eines Einzigen abhängen würde, was doch im Civilprocesse unzuläßig ist. Es entsteht daher in solchen Fällen, wo der Augenschein zugleich mit der Beurtheilung durch Kunstverständige in Frage kommt, eine Mischung von zwei Beweisgründen, bei welcher durch den Augenschein die jetzige Beschaffenheit der Sache ins rechte Licht gesetzt wird, durch die Sachverständigen aber die erheblichen Folgerungen zu entwickeln sind, welche sich aus jener ergeben und nur von Sachverständigen gehörig beurtheilt werden können, z. B. bei einem Nachlaß an Pachtgeldern wegen Miswachs. Daher bleiben für den Augenschein allein nur diejenigen Fälle übrig, wo bei dem Gerichte keine weitern Kenntnisse erfordert werden, um das für die Sache Wesentliche wahrnehmen zu können, als die Kenntnisse des gemeinen Lebens, zu deren Erwerbung es keiner besondern Vorbereitung oder Ausbildung bedarf, welche man vielmehr jedem einigermaßen gebildeten Manne zutrauen darf. 4) Ueber das Verfahren bei Einnahme des Augenscheins, sowie über dessen Ergebniß, ist nothwendigerweise ein Protokoll aufzunehmen, damit die Möglichkeit eines Beweises und eine Grundlage für die volle Ueberzeugungskraft, welche der Augenschein der Natur der Sache, sowie gesetzlichen Vorschriften nach, liefern soll, in den Acten gegeben sei. — Was auf diese Weise durch Augenscheinseinnahme festgestellt worden ist, gilt dann für alle spätern Glieder des Gerichts, welche denselben Rechtsstreit zu behandeln haben, so, als ob sie selbst es gesehen hätten, jedoch nicht für einen Rechtsstreit zwischen andern Parteien, weil deren Gegenwart oder doch Vorladung dazu fehlen würde. — Eine Widerlegung dieses Beweisgrundes findet weniger statt als bei den übrigen, und würde

nur denkbar sein, wenn ein Mangel an den Erfordernissen der Einnahme des Augenscheins nachgewiesen würde.

§. 131.

b) Gerichtliche Wahrnehmungen durch Schlußfolgerungen [1]).

I. Es ist eine allgemeine Erfahrung, daß die wenigsten Thatsachen völlig isolirt vorkommen, daß sie vielmehr meistentheils mit andern Thatsachen dergestalt in Verbindung stehen, daß die mehren Thatsachen entweder einander unterstützen, indem die eine sich mit der andern im harmonischen Causalnexus befindet, so daß man Schlüsse von Ursache und Wirkung anwenden kann, oder indem sie wenigstens mit einander im Zusammenhange, in einer Cohärenz, insofern sich befinden, daß man die eine nicht leicht ohne die andere vorzufinden pflegt. Dagegen wird öfters auch eine Thatsache durch die andere unwahrscheinlich gemacht oder widerlegt, weil dieselben mit einander im Widerspruch stehen, sei es, daß dieser Widerspruch auf juristischen Principien beruht, z. B. daß man an eigener Sache keine Servitut haben könne, oder daß die Thatsachen einander sich physisch ausschließen, weil eine neben der andern nicht bestehen kann, z. B. Leben und Tod. In beiderlei Fällen der Beziehungen mehrer Thatsachen auf einander liegen also Gründe vor, die das Sein oder Nichtsein gewisser Thatumstände wahrscheinlich machen können, und darum wird auch im Civilprocesse diese Erfahrung benutzt, um den bürgerlichen Richter von der Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit und umgekehrt von der Unwahrheit oder Unwahrscheinlichkeit streitiger Thatsachen zu überzeugen, sobald sich im einzelnen Falle eine passende Veranlassung dazu findet. — Schon aus der Natur der Sache folgt die Wichtigkeit einer solchen Beweisführung,

---

1) Außer den im Comp., Note *, Genannten, Weber, Von der Verbindlichkeit zur Beweisführung, V (3. Ausg.), 61 fg. Walch im Magazin für Proceß, S. 79 fg. Gensler, Archiv für civil. Praxis, IV, 296. Schmid, Handbuch, II, §. 118, S. 145. Bayer, Civilproceß, S. 716 fg.

allein auch die Gesetze haben, wenngleich nicht mit der Ausführlichkeit wie im Criminalprocesse [2]), auch für den Civilproceß [3]) die Bedeutung solcher Sachverhältnisse genügend anerkannt und sie unter dem Namen „indicia" als taugliche und statthafte Gründe für die Kenntniß der Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit von Thatsachen aufgeführt und bezeichnet.

II. Ueberall nun, wo eine derartige Verbindung mehrer Thatsachen in den Acten bereits dargethan ist, wird das Gericht aus eigenem Antriebe die Schlußfolgerungen ziehen können und müssen, welche sich daraus für das beweisende Factum ergeben, weil dies zu der richterlichen Reflexion gehört, die von der Thätigkeit der Parteien unabhängig ist (§. 16, S. 134). Hierin liegt dann auch nichts Künstliches, indem nur die Regeln des Denkens zur Anwendung kommen; man redet daher insofern von einer natürlichen Beweisführung. Wenn dagegen solche mit einander in Verbindung stehende Thatsachen nicht ohnehin schon in den Acten begründet sind, dann ist es Sache der Parteithätigkeit, die Thatsachen zu den Acten nachzuweisen, aus welchen für den Beweissatz dergleichen Schlüsse gezogen werden können. Dieses Verfahren nennt man dann einen künstlichen Beweis, weil die Partei nur auf einem gewissen Umwege zu dem Ziele, welches sie erreichen wollte, gelangt, und dieselbe zu dem Ende andere Thatsachen darthun muß, als welche die eigentliche Streitfrage bilden, gleichwol aber mit derselben in solcher Beziehung stehen, daß sie dieselbe entweder unterstützen oder widerlegen. Daher setzt man diesen künstlichen Beweis dem directen oder natürlichen entgegen, weil der letztere es lediglich mit den Thatsachen selbst zu thun hat und keine Schlußfolgerungen dabei in Frage kommen. — Wenn nun eine Partei, welche im Ganzen immer die Wahl hat, ob sie ihren Beweis auf künstliche oder natürliche Weise führen will, die erstere Art der Beweisführung wählt, so

---

2) Peinliche Gerichtsordnung, Art. 18—44.

3) L. 6 C. de dolo (2, 21). Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit. L. 20 C. de probat. (4, 19) — nam si in servitutem petatur, ad emtionis probationem non est indiciis aliis opus, sed instrumentorum furtum monstrare sufficit. L. 21 C. ibid. L. 15 C. de jure dot. (5, 12) — caetera probationum indicia. Reichsabschied von 1594, §. 69.

hat sie vor allen Dingen die gehörige Einleitung in Ansehung eines solchen Beweises zu treffen. Denn da die Reflexion über den Werth der von den Parteien behaupteten Schlußfolgerungen so lange lediglich Sache des Gerichts ist, als dazu nicht besondere Sach- oder Kunstkenntniß erfordert wird, so hat die beweisführende Partei nur dafür zu sorgen, daß sie hinreichende Prämissen zu gültigen Schlüssen in die Acten schaffe und deren Richtigkeit außer Zweifel setze. Das Gericht muß dann schon von Amtswegen die dadurch begründeten Schlüsse behufs seiner Entscheidung selbst ziehen. — Bei dieser Thätigkeit hat dann aber das Gericht hauptsächlich auf folgende drei Punkte Rücksicht zu nehmen: A. auf denjenigen Grad von Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit, welchen die actenmäßig gewordenen Prämissen an sich im einzelnen Falle erlangt haben; B. auf die Bündigkeit der aus diesen Prämissen im concreten Falle zu ziehenden Schlußfolgerungen, welche um den eigentlichen Beweissatz darzuthun erforderlich sind; C. auf die Anzahl der Schlüsse, die im einzelnen Falle actenmäßig begründet sind. Denn da höchst selten ein einziger Schluß zur juristischen Gewißheit führen kann, bedient sich die beweisführende Partei einer Mehrzahl von Schlüssen, bei denen es dann im einzelnen Falle darauf ankommt, ob sie mit einander harmoniren, von einander abweichen oder wol gar einander widersprechen.

III. Was nun (zu A) den Grad der Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit der Prämissen[4]) anlangt, so bringt es ebenso die Natur der Sache, als die Analogie des Art. 23 der Peinl. Gerichtsordnung mit sich, daß jede einzelne Prämisse, welche einen irgend bedeutenden Schluß begründen soll, wo möglich in Gewißheit versetzt sein müsse, weil man aus ungewissen Prämissen keinen sichern Schluß ziehen kann. Um dies zu erreichen, bedient sich die beweisführende Partei aller übrigen directen Beweismittel, der Geständisse, des Eides, der Zeugen u. s. w., so daß in dieser Richtung besondere Regeln nicht anzugeben sind. Es kann jedoch auch der Fall eintreten, daß man die Prämisse selbst künstlich darzuthun sucht, was dann einen Kettenschluß

---

4) Gensler, a. a. O., II, 352, Note *; IV, 288, 299. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, 202 a. E. Schmid, Handbuch, II, 146 fg.

bildet. Indeß ist diese Art des Beweises am wenigsten rathsam, weil in einem solchen Falle die Prämisse selten zur juristischen Gewißheit gelangen wird.

IV. Dagegen hängt (zu B) die Bündigkeit des im einzelnen Falle zu ziehenden Schlusses theils davon ab, ob der Obersatz eines solchen als ein untrüglicher oder wenigstens als ein solcher betrachtet werden müsse, der als ein regelmäßig richtiger anzusehen ist und nur selten eine Ausnahme zuläßt; theils aber davon, ob auch die Conclusion im vorliegenden Falle aus den Prämissen und dem Obersatz richtig gezogen sei. In dieser Beziehung sind ebenfalls keine andern Regeln anzuwenden, als die der Logik. In Ansehung des Obersatzes selbst aber ist hauptsächlich auf die Erfahrungen zu sehen, welche bisher über einen solchen Allgemeinsatz gemacht sind, und die der Richter häufig schon als Mensch oder als Jurist selbst entweder gemacht hat oder gemacht haben kann und selbst zu beurtheilen im Stande ist. Häufig kommt es jedoch dabei auf besondere Sach- oder Kunstkenntniß an, und dann müssen Sachkenner blos zu dem Zweck zugezogen werden, um das Gericht von der Richtigkeit eines solchen Obersatzes in Kenntniß zu setzen. Gönner[5]) hat diese nicht unpassend Gehülfen des Richters genannt, wie sie auch Gehülfen des Advocaten sind, der sich ihrer bei Antretung des Beweises bedient hat. Aber auch in jenen einfachen Fällen, wo Sachverständige unnöthig sind, ist es dann leichter, den eigentlichen Beweissatz durch Schlüsse darzuthun oder zu widerlegen, wenn dieser in einem verneinenden Satze besteht, und die Nichtexistenz des Beweisthemas dargethan werden soll; denn bei Schlüssen dieser Art kommt Alles auf die Unvereinbarkeit[6]) der mehren Thatsachen an, welche sich meist leichter ergibt, als ein affirmirender Schluß. Man bedient sich aber solcher verneinender Schlüsse nicht immer blos zum Gegenbeweise, sondern bisweilen muß die Nichtexistenz gewisser Thatsachen als Grund einer Klage oder Einrede erwiesen werden, wie z. B. bei der condictio indebiti

---

5) Gönner, II, 45, §. 2. And. Mein. Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, II, 123, §. 2.

6) L. 45, pr. D. de reg. jur. L. 5, pr. D. si ususfr. petat. (7, 6). L. 20, 23 C. de locato (4, 65).

oder in dem Falle, wo der eheliche Vater gegenüber der Präsumtion, daß ein in der Ehe geborenes Kind ein eheliches sei, nachweisen will, daß dies nicht der Fall, weil er in der kritischen Zeit abwesend gewesen sei [7]). — Schwieriger sind dagegen die Schlüsse einer künstlichen Beweisführung in dem Falle, wo aus der Existenz einer Thatsache die einer andern bewiesen werden soll, mithin bei affirmirenden Sätzen. Denn bei diesen können die Schlußfolgerungen nur selten zu einer juristischen Gewißheit genügen, meistens liefern sie nur mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit, und darum pflegt man drei Arten solcher Schlüsse von einander zu unterscheiden: 1) die vorhergehenden, 2) die gleichzeitigen, 3) die nachfolgenden. Man wendet hierbei die Analogie des Criminalprocesses [8]) an, und während die ersten und die letzten auf einem Causalnexus beruhen, findet bei den gleichzeitigen eine gewisse Cohärenz [9]) statt.

V. Als vorhergehende Schlußfolgerungen betrachtet man diejenigen, bei welchen die erwiesene Prämisse als die Ursache von demjenigen Thatumstande angesehen werden muß, welcher das eigentliche Beweisthema abgibt, so daß dieses dann die Wirkung jener Prämisse sein soll. Man schließt hierbei also vorwärts von der erwiesenen Ursache auf deren Wirkung, und zwar entweder vermöge eines intellectuellen oder vermöge eines physischen Zusammenhanges. Der erstere ist namentlich dann in Frage, wenn von Beweggründen, von Neigungen, Nutzen oder Geldinteresse auf das zu beweisende Geschäft ein Schluß hergeleitet werden soll; der letztere dagegen, wenn z. B. von den Handlungen einer Specification auf das Eigenthum an der neuen Species geschlossen werden soll. — Umgekehrt aber wird bei den nachfolgenden Schlüssen die Prämisse als die Wirkung und das Beweisthema als die Ursache betrachtet, so daß man von jener Wirkung auf diese Ursache rückwärts schließt. Auch hierbei kann der Zusammenhang nicht blos ein physischer sein, sondern

---

7) L. 6 i. f. D. de his qui sui v. alieni jur. (1, 6).

8) Grolmann, Criminalrechtswissenschaft (3. Ausg.), §. 450. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts (11. Ausg.), §. 548, 560ᵃ. Mittermaier, Strafverfahren, II, §. 170.

9) And. Mein. Stübel, Criminalverfahren, §. 939.

häufig auch ein psychologischer. Ein physischer Zusammenhang ergibt sich, wenn an Personen oder Sachen Veränderungen als erfolgt erwiesen werden, die sich nur aus dem eigentlich streitigen Rechtsverhältnisse erklären lassen; so wird z. B. daraus, daß der eingesetzte Erbe Erbschaftsstücke in Besitz nimmt, der Antritt der Erbschaft gefolgert. Der psychologische Zusammenhang dagegen kommt hauptsächlich alsdann vor, wenn die Gegenpartei des Beweisführers die Richtigkeit des geleugneten Thatumstandes durch ihr Betragen zu erkennen gegeben hat, indem sie z. B. ein Schuldbekenntniß von sich in ihre Gewalt zu bekommen und zu vertilgen bemüht war. Am häufigsten wird aber ein juristischer Zusammenhang zwischen den Prämissen und dem Beweissatze vorhanden sein, indem die Prämisse in einem rechtlichen Betragen besteht, welches nur aus gewissen Rechtsverhältnissen erklärt werden kann, so z. B. wird die Entrichtung eines ständigen Kanons den Schluß auf ein emphyteutisches Verhältniß rechtfertigen. — Die gleichzeitigen Schlüsse endlich beruhen nicht auf dem Causalnexus, sondern auf der Cohärenz, weil sie entweder die Wirkung einer dritten gemeinschaftlichen Ursache sind, z. B. die behauptete gleiche Quantität der Ausstattung mehrer Töchter als die Folge gleicher Liebe ihrer Aeltern; oder weil sie Bedingungen und Voraussetzungen sind, ohne welche die streitige Hauptthatsache an dem Orte zu der Zeit und auf die Art und Weise nicht vorgefallen sein könnte, wie sie doch vorgefallen sein soll, wie z. B. die persönliche Gegenwart zu der Zeit des Vertragsabschlusses am Orte desselben die Abschließung des Vertrags wahrscheinlich machen soll; oder endlich, weil sie gewisse natürliche Eigenschaften eines Geschäfts enthalten, welche nur dem streitigen eigen, andern aber fremd sind, z. B. das gegebene Versprechen der Verzinsung oder die Verabredung einer Kündigungsfrist, welche ein Darlehn im Gegensatze der etwa behaupteten Schenkung wahrscheinlich machen sollen. — Keine von diesen drei Gattungen von Schlußfolgerungen affirmirender Art hat nach allgemeinen Grundsätzen einen Vorzug vor der andern, und namentlich sind die gleichzeitigen den beiden andern Gattungen nicht überlegen, so lange nicht positive Gesetze dies aussprechen. Für den Criminalproceß ist dies in neuerer Zeit öfters geschehen; auf den Civilproceß kann aber eine solche Annahme schwerlich

ausgedehnt werden, vielmehr muß hierbei Alles dem richterlichen Ermessen, je nach Lage des einzelnen Falles, überlassen werden.

VI. Um so mehr ist es (zu C) nothwendig, auf die Anzahl von Schlußfolgerungen Rücksicht zu nehmen, welche zu den Acten des einzelnen Falles begründet worden sind. In älterer Zeit hat man daher überhaupt den Grundsatz aufgestellt, daß ein künstlicher Beweis niemals ein vollständiger sei, daß er vielmehr höchstens mehr oder minder große Wahrscheinlichkeit begründe, und diese daher durch einen richterlichen Eid zu ergänzen oder zu entkräften sei. Vielleicht stand dieser Grundsatz mit der Vorschrift des Criminalprocesses [10]) in Verbindung, daß Niemand auf bloßen Indicienbeweis verurtheilt werden könne. Seitdem aber in der neuern Zeit auch in Criminalsachen ein blos künstlicher Beweis für genügend geachtet wird, um daraufhin selbst Criminalstrafen zu erkennen und dies sogar durch ausdrückliche Gesetze fast überall verordnet ist, hat man auch im Civilproceß den Satz angenommen, daß ein vollständiger juristischer Beweis auch durch bloße Schlußfolgerungen hergestellt werden könne, indem man in dieser Hinsicht einen Schluß von dem Größern zu dem Geringern ziehen zu können glaubte. — Wenn man nun diese Theorie als richtig anerkennt, so wird zwar nicht jeder künstliche Beweis, aber doch ein solcher juristische Gewißheit liefern können, welcher nach Analogie des Criminalprocesses [11]) folgende Eigenschaften hat:

a) Es muß eine Mehrzahl von Schlußfolgerungen, und zwar aus Schlüssen verschiedener Art, nicht blos einer Gattung begründet sein. Dabei ist es jedoch nach gemeinem Rechte gleichgültig, ob gerade gleichzeitige Schlüsse darunter sind, da sich nicht behaupten läßt, daß diese weniger trüglich sind als die auf Causalnexus gestützten [12]). Jeder einzelne dieser Schlüsse muß aber an sich für vollkommen gültig gehalten werden können.

b) Auch muß jeder einzelne Schluß hinsichtlich seiner Prämissen vollständig erwiesen sein, was kaum anders der

---

10) Peinl. Gerichtsordnung, Art. 22. — Vergl. hierüber Stübel, Ueber den Thatbestand, §. 232 a. E. Derselbe, Criminalverfahren, §. 974—979, 981. Gönner, a. a. O., II, Abh. 37, §. 12, 22, 23, 25.

11) Martin, Criminalproceß (4. Aufl.), S. 235 fg., A—E.

12) And. Mein. v. Globig, Theorie der Wahrscheinlichkeit, I, 73 fg.

Fall sein wird, als wenn ein directer Beweis darüber geliefert ist[13]).

c) Der Zusammenhang zwischen allen diesen in Frage kommenden Schlüssen, sowol unter sich als mit dem zu beweisenden Hauptfactum, muß kein blos möglicher sein, sondern nach den Umständen des einzelnen Falles positive Wahrscheinlichkeit für sich haben.

d) Aus allen diesen Schlüssen muß sich ergeben, daß nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge die zu beweisende Hauptthatsache nicht wol anders vorgefallen sein könne, als auf die aus den Schlüssen sich ergebende Art und Weise.

e) Endlich muß es an allen Gegenargumenten für eine andere Beschaffenheit des Beweissatzes fehlen, und dürfen keine Widersprüche des künstlichen Beweises mit andern ausgemachten Thatsachen vorhanden sein.

Es gehört daher zur Vertheidigung derjenigen Partei, gegen welche ein künstlicher Beweis unternommen wird, theils die Wahrheit der Prämissen einzelner Schlüsse zu widerlegen, theils positive Schlüsse für das Gegentheil selbst herbeizubringen, um dadurch den Nachweis einer entgegenstehenden Wahrscheinlichkeit zu erbringen.

§. 132.

III. Von der rechtlichen Natur der Zeugnisse.

I. Weit mehr positiv geregelt als die Theorie vom Werthe der Schlußfolgerungen ist der fernere Beweisgrund, welcher nach den gesetzlichen Vorschriften aus Zeugnissen[1]) hervorgeht. Man gebraucht in dieser Richtung das Wort Zeugniß zwar nicht in seinem weitesten Sinne, in welchem es jede schriftliche oder münd-

---

13) Arg. Peinl. Gerichtsordnung, Art. 23. Gönner, a. a. O., §. 12.

1) Schneider, Lehre vom rechtlichen Beweise, S. 71 fg. Gesterding, Nachforschungen, I, 101 fg.; II, 411 fg.; IV, 1, S. 313 fg.; IV, 2, S. 83 fg. Heffter, System des Civilprocesses, S. 200. Glück, Commentar, XXII, §. 1174. Schmid, Handbuch, II, 232 fg. Bayer, Civilproceß, S. 793 fg.

liche Mittheilung derjenigen Kenntniß von einer Thatsache (d. h. von der Existenz oder Nichtexistenz oder Beschaffenheit derselben) bedeutet, welche eine dritte am vorliegenden Rechtsstreite als Partei nicht betheiligte Person besitzt oder doch besitzen soll. Vielmehr nimmt man dieses Wort entweder in dem ganz engen Sinne, wo es die Bekräftigung der factischen Behauptung eines Andern, einer Partei im Civilprocesse, bezeichnet, welche ein Dritter vermöge eigener Kenntniß ertheilt, oder in dem weitern, wo es die Mittheilung der einem Dritten zustehenden Kenntniß von der Wahrheit oder Unwahrheit der factischen Behauptung eines Andern ohne Rücksicht auf den Inhalt der Aussage bedeutet. Bei allen Zeugnissen muß man aber zuvörderst zwei Hauptarten unterscheiden: 1) Zeugnisse, welche von einem öffentlichen Beamten, auch einem Collegium, über Vorkommnisse in seinem amtlichen Wirkungskreise und daher in der Regel aus den Acten selbst ertheilt werden; und 2) Zeugnisse, welche eine Privatperson über ihre Privatkenntnisse ablegt. — Allein bei der ersten Art der Zeugnisse würde man auf die zweite Classe der Beweisgründe zurückgeführt werden, da das Gericht nur über eigene sinnliche Wahrnehmung, über welche ein Protokoll aufgenommen worden ist, oder über die Amtsobliegenheiten einzelner Gerichtsmitglieder, oder endlich über die von ihm allein oder in Verbindung mit andern Gerichten vorgenommenen Handlungen öffentliche Zeugnisse auszustellen vermag, welche als gewöhnliche Urkunden nach den für diese geltenden Grundsätzen zu beurtheilen sind. Von derartigen Zeugnissen kann daher hier nicht weiter die Frage sein. Man gebraucht aber die Bezeichnung Zeuge auch nicht von dem Aussteller einer solchen Urkunde, sondern ertheilt diese Benennung nur denjenigen physischen Personen, welche ihre Privatkenntniß von einer Thatsache als Privatpersonen Jemandem mittheilen. — Beschränkt man sich aber hier auf die Zeugnisse, welche von Privatpersonen herrühren, so muß man zuvörderst Solennitäts- und Beweiszeugen unterscheiden. Jene erstern sind jedoch als solche kein Grund der richterlichen Ueberzeugung, vielmehr werden sie nur zu dem Ende zugezogen, um — ohne Rücksicht auf einen jetzigen oder künftigen Rechtsstreit — einem Rechtsgeschäfte Gültigkeit zu verleihen, indem sie bestimmt sind, bei Beobachtung der gesetzlichen Formen Zeuge zu sein und

die Richtigkeit des Herganges zu versichern; von ihnen kann daher hier nicht die Frage sein.

II. Im Civilprocesse kommt nur jene zweite Art, die der eigentlichen Beweiszeugen, welche dazu dienen sollen, in einem bereits vorhandenen oder zu besorgenden Rechtsstreite das Gericht von der Wahrheit der bestrittenen Behauptung einer Partei zu überzeugen, in Frage. — Von diesen Beweiszeugen muß man aber wieder zwei Unterarten unterscheiden, die historischen und die rationellen Beweiszeugen. Jene erstern, die Zeugen im eigentlichen Sinne, sind diejenigen, welche über Das ihre Aussagen erstatten sollen, was sie durch ihre sinnlichen Wahrnehmungen erfahren haben; die rationellen Zeugen dagegen, die Sach- oder Kunstverständigen, sind diejenigen, welche über die Existenz oder Beschaffenheit einer Thatsache sich erklären sollen, welche sie entweder selbst oder in ihrer Wirksamkeit und ihren Folgen nur mittelst der wissenschaftlichen oder künstlerischen Ausbildung, welche sie besitzen, kennen gelernt haben. Dieser Art von Beweiszeugen werden daher auch Schlußfolgerungen gestattet, welche den historischen Zeugen niemals nachgesehen werden. — In dem bisherigen gemeinen Recht ist leider dieser wichtige Unterschied zwischen jenen beiden Arten von Zeugen nicht gehörig beachtet, indem dies von beiderlei Arten von Zeugen ohne Unterschied spricht und kaum in der Eidesformel eine kleine Differenz macht. Dies hat denn auch zur Folge gehabt, daß in der Art des Verfahrens bei dem Gebrauch der Zeugen sich bis auf die neueste Zeit eine und dieselbe Form erhalten hat, indem Beweiszeugen sowol als Kunst- und Sachverständige über Artikel und Fragstücke abgehört werden, ungeachtet dies durchaus nicht zweckmäßig genannt werden kann; wie denn diese Form überhaupt dem Römischen Rechte [2]) widerstreitet und erst im Mittelalter entstanden ist.

III. Die gemeinschaftlichen Grundsätze über die Bedingungen und den Grad der Beweiskraft sowol der eigentlichen Zeugen als der Sachkenner beruhen nun nach gemeinem Recht auf der doppelten Ansicht, einmal daß hier alles Dispositionsrecht

---

2) L. 19, 20 C. de testib. (4, 20). v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 266.

der Zeugen über Anerkennung einer Thatsache, welche streitig ist, gänzlich wegfalle, weil ein Zeuge nie selbst Partei, sondern nur ein unbetheiligter Dritter sein kann; dann aber, daß Alles dabei abhänge von der Fähigkeit des Zeugen nicht allein die streitige Thatsache selbst zu kennen, sondern auch seine Kenntniß dem Gericht unverfälscht mitzutheilen, und von der Wahrscheinlichkeit seines rechtlichen Willens nur die Wahrheit auszusagen. Um nun diese Erforderniße eines tauglichen Beweiszeugen möglichst in jedem einzelnen Falle controliren zu können, sind dreierlei zum Theil nur positive Maßregeln bei dem Gebrauche der Beweiszeugen gemeinrechtlich angeordnet, Maßregeln, welche entweder die Form der Ablegung des Zeugnisses, oder die Anzahl der erforderlichen Zeugen, oder endlich die Glaubwürdigkeit der im einzelnen Falle als Zeugen Auftretenden betreffen.

IV. Was nun zunächst die Form betrifft, in welcher das Zeugniß, wenn es völlig wirksam sein soll, abgelegt sein muß, so ist gemeinrechtlich zunächst angeordnet, daß der Zeuge, falls er nicht aus besondern Gründen, z. B. Krankheit, in seiner Wohnung vernommen wird, persönlich vor Gericht erscheine und mündlich in einer Gerichtssitzung, nicht aber schriftlich [3]), zu Protokoll auf die einzelnen vom Gericht an ihn geschehenen Fragen seine Kenntniß sofort mittheile. Daher sind selbst im summarischen Civilprocesse die schriftlichen Zeugnisse der Privatpersonen ohne alles Gewicht, und die Befundscheine der Kunstverständigen, welche mehr durch die Praxis eingeführt als den Gesetzen bekannt sind, genügen durchaus nicht, sobald der Kunstverständige nicht etwa in einem öffentlichen Amte steht, vermöge dessen er öffentliche Urkunden ausfertigen kann, oder sobald er sich nicht vor Gericht zu seinem Gutachten bekennt. Das persönliche Erscheinen des Zeugen vor Gericht ist daher zur Form eines gültigen Zeugnisses wesentlich. Sollte aber ein Zeuge stumm oder der Sprache des Gerichts nicht kundig sein [4]), so ist die Vernehmung unter

3) L. 3, §. 3, D. de testib. (22, 5). D. Hadrianus rescripsit: testibus se, non testimoniis crediturum — §. 4. — Alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent. Can. 15, caus. 3, qu. 9.

4) Danz, Ordentlicher Proceß, §. 311, Note. Claproth, Ordentlicher Proceß, II, §. 282 a. E.

Zuziehung eines Dollmetschers mündlich, und was insbesondere die Stummen betrifft, durch Vorlegung einzelner aufgeschriebenen Fragen zu bewerkstelligen, welche sie durch Zeichen, deren sie sich bekanntermaßen zu] bedienen pflegen, oder schriftlich sofort zu beantworten haben, ohne daß ihnen gestattet wird, sich über den ganzen streitigen Fall im Allgemeinen zu verbreiten. Die Dollmetscher aber haben die Auslegung der vom Stummen gebrauchten Zeichen zu Protokoll zu ertheilen. Außerdem soll schon nach einer ausdrücklichen Vorschrift des Römischen Rechts sowie des Kanonischen Rechts und der Reichsgesetze [5]) jeder abzuhörende Zeuge vor der Abhörung einen promissorischen Eid ablegen, daß er über Alles, wonach man ihn fragen werde, die Wahrheit sagen wolle, ohne sich durch irgend welche Bestimmungsgründe davon abhalten zu lassen. Die Formeln eines solchen Eides sind in der Kammergerichtsordnung [6]) so bestimmt vorgeschrieben, daß es sich auf keine Weise rechtfertigen läßt, wenn, was in der Praxis häufig geschieht, die Zeugen zuerst abgehört und alsdann veranlaßt werden, einen assertorischen Eid abzulegen, wodurch sie die Wahrheit ihrer abgegebenen Aussage bestätigen. Es steht jedoch allen dispositionsfähigen Parteien die Befugniß zu, einem Zeugen diesen Eid zu erlassen [7]), und es gilt, wenn beide Parteien darin einstimmig sind, dessen Aussage ebenso, als wäre sie eidlich erhärtet. — Ferner muß heutzutage die Zeugenaussage in Abwesenheit der Parteien [8]) und anderer Zeugen [9]) zu Protokoll er-

---

5) L. 19 C. de testib. (4, 20). Nov. 123, cap. 7. Can. 20, caus. 3, qu. 9; Cap. 47, 51 X. de testib. et attest. (2, 20). Reichskammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 70. Gesterding, Ausbeute, II, 419 fg.; IV, Abh. 2, S. 114 fg. Archiv für civil. Praxis, XIII, Abh. 5. Bayer, a. a. O., S. 804 fg. Vergl. W. Puchta, Beiträge, I, 190 fg.

6) Reichskammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 77; vergl. mit Cap. 5 X. tit. cit. (2, 20). Ueber den Eid der Juden: Reichskammergerichtsordnung, Th. 1, Tit. 86. Siehe Glück, a. a. O., S. 191 fg.

7) Cap. 39 X. de test. (2, 20).

8) Arg. Reichskammergerichtsordnung, Th. 3, Tit. 15, §. 8; Tit. 17, §. 1. Jüngster Reichsabschied, §. 52, 54. Anders nach Röm. Rechte. L. 18 C. de fide instrum. (4, 21) und L. 16, 19 C. de testib. (4, 20). v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 267.

9) Cap. 52 X. de testib. et attest. (2, 20). Cap. 2 eod. tit. in VI^{to} (2, 10).

folgen. Durch einen langjährigen Gerichtsbrauch hat man diese Art des Verfahrens darum eingeführt, weil die Zeugen desto unbefangener ihre Aussagen abgeben können. Die Aussage mehrer Zeugen soll aber deshalb so erfolgen, daß diese nicht alle zu gleicher Zeit, sondern getrennt von einander vernommen werden, damit nicht blos dadurch eine Uebereinstimmung der Zeugen veranlaßt werde, wenn der einzelne Zeuge erfährt, was der Nebenzeuge ausgesagt hat.

V. Neben diesen formellen Erfordernissen ist aber, um juristische Gewißheit durch Aussagen von Zeugen zu erlangen, in materieller Beziehung vor allen Dingen die Uebereinstimmung mehrer Zeugen erforderlich. Diese Uebereinstimmung einer Mehrheit von Beweiszeugen wird deshalb erfordert, weil in ihr die erhöhte Wahrscheinlichkeit verbürgt ist, daß weder Irrthum bei der Aussage vorgefallen, noch absichtliche Entstellung derselben zu Grunde liege. Schon das Römische Recht[10]) verlangt aber nicht nur bei den historischen, sondern auch bei den rationellen Beweiszeugen, den Sachkennern, ausdrücklich diese Mehrzahl. Ja dasselbe geht sogar noch weiter, indem es nicht nur keine völlige Gewißheit aus der Aussage eines einzigen Zeugen hergeleitet wissen will, sondern die Vernehmung eines solchen sogar verbietet[11]). Dem stimmt im Allgemeinen auch das Kanonische Recht[12]) bei, die Praxis aber nimmt meistens, auf die Peinliche Gerichtsordnung, Art. 30, sich stützend, keinen Anstand, auch nur einen Zeugen, der ausschließlich vorgeschlagen ist, zu vernehmen. Man kann jedoch das nur erwähnte Gesetz, welches sich blos auf den Criminalproceß bezieht, als ein correctorisches nicht wohl auf das Civilverfahren ausdehnen, muß vielmehr die Begründung der vom Römischen Rechte abweichenden Praxis im Kanonischen Rechte[13]) suchen, welches den Reinigungseid eingeführt hat; denn zu einem solchen ist nur ein

10) L. 12 D. de testib. — L. 1, pr., §. 8, D. de inspic. vent. (25, 4). Gesterding, Nachforschungen, IV, 118 fg.

11) L. 9, §. 1, C. de test. (4, 20).

12) Cap. 4, 10, 23, 28 X. eod. (2, 20). Peinl. Gerichtsordnung, Art. 67.

13) Cap. 36, §. 1, X. de jurejur. (2, 24)

geringer Grad von Wahrscheinlichkeit erforderlich und deshalb auch ein einziger Zeuge wol genügend. Der Beweisführer dagegen wird jedenfalls unvorsichtig handeln, wenn er blos einen Zeugen benennt, weil er damit in keinem Falle mehr als das Purgatorium für den Gegner erreichen kann. Noch ist zu erwähnen, daß in dem Falle von einem testis unicus nicht die Rede sein kann, wenn der allein benannte Zeuge durch andere Beweismittel, als Schlüsse, Urkunden u. s. w., in seiner Aussage unterstützt wird. — Wenn daher regelmäßig eine Mehrzahl von Zeugen erfordert wird, welche mit einander harmonirend dasselbe aussagen, so haben doch die Gesetze sowol ein Maximum als ein Minimum für die Zahl der zu benennenden Zeugen festgesetzt, indem das Kanonische Recht [14]) vorschreibt, daß über eine und dieselbe Thatsache von einer Partei mehr nicht als 40 Zeugen vorgeschlagen werden sollen, wogegen als vollkommen genügende geringste Anzahl zwei Zeugen sowol nach Römischem Rechte aus dem Erforderniß der Pluralität angenommen werden muß, als im Kanonischen Rechte aus biblischen Vorschriften hergeleitet wird. Indeß gibt es Ausnahmen, wo diese Bestimmung des Minimums nicht durchgreift. Es ist dies zunächst der Fall bei dem Beweise eines außergerichtlich errichteten letzten Willens, indem hierzu alle Solennitätszeugen, welche bei Errichtung desselben zugezogen worden und zur Zeit der Beweisführung noch zu haben sind, als Zeugen benannt werden sollen; und sodann bei dem Beweise der Einrede der Zahlung, welcher, falls der zahlende Schuldner den Schuldschein in den Händen des Gläubigers gelassen hat, durch fünf Zeugen geführt werden soll [15]). — Wenn man dagegen behauptet, daß es auch Ausnahmen gebe, wo ein einziger Zeuge hinreiche, um vollen Beweis zu liefern, und dies namentlich auf den Fall beschränkt, wenn der eine Zeuge gegen die Partei aussagt, welche sich auf sein Zeugniß berufen hat, so

---

14) Cap. 37 i. f. X. de test. (2, 20). — L. 12 D. cit. Cap. 4, 10 X. cit.

15) L. fin. C. de fideicomm. (6, 42). — L. 18 C. de test. (4, 20). Nov. 90, cap. 2. Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, I, 241 fg. Marezoll, das., III, 296. Puchta, Pandekten, §. 506, Note c. Vergl. L. 1, §. 10, D. de inspic. ventre. Glück, a. a. O., S. 219 fg.

entbehrt doch diese Ansicht jeden Rechtsgrundes [16]). Auch läßt sich dafür kein Argument von dem Principe [17]) herleiten, daß in Ansehung der Gerichtsdiener, welche über die von ihnen geschehenen Insinuationen ein öffentliches Zeugniß ablegen, angenommen wird, sie lieferten vollen Beweis, da diese im Voraus auf derartige Verrichtungen vereidet sind und bei ihren Dienstverrichtungen bestimmte Vorschriften zu beobachten haben, wodurch man sich gegen einen Irrthum hinreichend gesichert zu haben glaubt. Es läßt sich daher nur von dergleichen amtlichen Zeugnissen in öffentlichen Diensten stehender Personen über Gegenstände ihrer amtlichen Thätigkeit behaupten, daß ein Zeuge vollen Beweis liefere [18]), dies aber auf Privatzeugnisse durchaus nicht ausdehnen.

VI. Ist nun aber im einzelnen Falle eine hinreichende Anzahl Zeugen wirklich vorgeschlagen und abgehört, so reicht das zur Begründung civilrechtlicher Gewißheit noch nicht hin, es kommt vielmehr darauf an, wie deren Aussagen ausgefallen sind. Denn sobald die mehren Zeugen von ganz verschiedenen Thatsachen reden, welche vielleicht Bestandtheile eines Beweissatzes sind, so entsteht daraus nur eine Singularität [19]) der Zeugen. Von dieser unterscheidet man aber wieder mehre Arten und nennt namentlich singularitas diversificativa den Fall, wenn die mehren Zeugen in Bezug auf denselben Thatumstand verschiedene Momente angeben, welche sich zwar nicht widersprechen, aber auch nicht in einem solchen Zusammenhange unter einander stehen, daß sie sich unterstützten, während, wenn dies der Fall ist und also aus dem materiellen Zusammenhange ein besonderer Unterstützungsgrund hervorgeht, die Singularität eine adminiculirende genannt wird. Liegt eine Singularität der letztern Art vor, so wird da-

---

16) Gmelin, Beweiskraft eines Zeugen (1806), §. 26 fg. Linde in der Zeitschrift, III, 180 fg. Bayer, Vorträge, S. 798. And. Mein. Gesterding, Ausbeute, I, 177—180; II, 241 fg. v. Zu Rhein, Beiträge zur Gesetzgebung, I, 34 fg.

17) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 36, §. 1.

18) Cap. 28 X. de test. Cap. 7 X. de prob. (2, 19). Cap. 23 X. de elect. (1, 6). v. Bülow, Abhandlungen, II, 232. Linde, a. a. O., Schmid, a. a. O., S. 246, Note 22. Wetzel, System, I, 136, Note 74.

19) Strube, V, Bedenken 71. Gesterding, Ausbeute, I, 180 fg.; II, 421 fg, Schmid, Handbuch, II, 248. Bayer, a. a. O., S. 801.

durch allerdings kein voller Beweis erzielt, wol aber eine so hohe Wahrscheinlichkeit, daß darauf ein Suppletorium gegründet werden kann. Im erstern Falle ist dies jedoch nicht möglich, sobald der Beweis nur durch Zeugen geführt wurde. — Sobald dagegen die einzelnen abgehörten Zeugen in ihren Aussagen sich geradezu widersprechen, spricht man von einer singularitas obstativa. In diesem Falle kann dann von einem solchen Eide überall nicht die Frage sein, da durch das Widersprechende der Aussagen alle Wahrscheinlichkeit beseitigt wird.

VII. Allein selbst die Uebereinstimmung zweier gehörig vernommener Zeugen in ihren Aussagen begründet an sich noch nicht einen vollständigen Zeugenbeweis, vielmehr müssen die Aussagen jedes einzelnen Zeugen auch auf einem genügenden Grunde der Wissenschaft beruhen, damit man sich überzeugen könne, er irre sich nicht. Denn es wird namentlich bei historischen Zeugen als allgemeine Regel [20]) betrachtet, daß ein Zeuge nur über das aussagen könne, wovon er durch eigene sinnliche Wahrnehmung Kenntniß erlangt habe, daß dagegen der Aussage eines solchen, der nur durch Hörensagen von einer Thatsache Kenntniß erhalten habe, d. h. welcher seine Kenntniß lediglich auf die Versicherung anderer unbeeidigter Privatpersonen stütze, regelmäßig rechtlicher Werth nicht beizulegen sei, wenn nicht einer der Ausnahmsfälle vorliegt, bei denen gerade auf die Tradition etwas Wesentliches ankommt, oder wo die Gesetze ein Zeugniß von Hörensagen für hinreichend erklärt haben. Jenes ist der Fall bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung [21]), dieses nach Kanonischem Rechte [22]) bei Streitigkeiten, bei welchen es auf die Verwandt-

---

20) Nov. 90, cap. 2. Can. 15, caus. 3, qu. 9. Nec de aliis causis vel negotiis dicant testimonium, nisi de his, quae sub praesentia eorum acta esse noscuntur. Cap. 47 X. de testib. (2, 20). Gesterding, a. a. O., IV, 110. Schmid, a. a. O., S. 236. Bayer, a. a. O., S. 799.

21) L. 28 D. de prob. (22, 3). L. 2, §. 8 D. de aqua et aq. pluv. (39, 3). Wetzel, System, I, 177, Note 4.

22) Cap. 5, 47 X. de testib. et attest. (2, 20) — se accepisse a suis majoribus quod deponunt et credere ita esse; Cap. 27 X. de testib.; Cap. 5 X. de eo qui cognovit (4, 13); Cap. 27 X. de sponsal. (4, 1); Cap. 13 X. de probat. (2, 19). Strube, I, Bedenken, 73; IV, 156.

schaft der Parteien ankommt, namentlich wenn bei einer abzuschließenden Ehe das Verwandtschaftsverhältniß der Brautleute in Frage kommt, oder wo es lediglich auf die Grenzen einer Diöces ankommt. In allen andern Fällen sind solche Zeugen ohne Werth. — Auch die rationellen Zeugen müssen den Grund ihres Wissens ebenso wie die historischen angeben; nur können sie hinsichtlich der theoretischen Obersätze ihrer Gutachten de auditu deponiren, da es hinreichend ist, wenn sie dergleichen von ihren Lehrern gehört oder sonst gelesen haben, und genügende Gründe für die Richtigkeit solcher Obersätze vorhanden sind. Bei den Untersätzen ihres Gutachtens dagegen müssen auch sie von eigener Wissenschaft ausgehen.

VIII. Endlich hängt die Beweiskraft der Privatzeugnisse aber auch noch von der persönlichen Glaubwürdigkeit[23]) der Zeugen ab, welche dieselben abgelegt haben, weshalb ein Jeder von ihnen in dieser Richtung einzeln geprüft werden muß. Man unterscheidet aber in Rücksicht auf die Glaubwürdigkeit der Person des Zeugen drei verschiedene Classen: 1) ganz unfähige, von denen es als ausgemacht betrachtet wird, daß sie entweder unfähig sind die Wahrheit selbst zu kennen, oder nicht geneigt, sei es in allen Rechtsstreitigkeiten, sei es wenigstens in einem bestimmten einzelnen Falle, die Wahrheit unverändert zu sagen; 2) verdächtige, bei denen es nur zweifelhaft ist, ob man von ihnen ein wahrheitsgemäßes Zeugniß erhalten werde; und endlich 3) tadellose, classische, bei denen gar kein Grund vorhanden ist, daran zu zweifeln, daß sie die Wahrheit im einzelnen Falle sagen werden oder gesagt haben. — Das Gericht hat nun in drei Perioden der Beweisführung durch Zeugen darauf zu achten, in welche Classe jeder einzelne derselben im concreten Falle gehöre. Denn a) vor dem Verhöre schon werden die völlig Unfähigen zurückgewiesen, sobald nur entweder ihre Unfähigkeit, die Wahrheit zu kennen oder unverändert mitzutheilen liquid, oder Gewißheit für den Mangel an gutem Willen ein der Wahrheit entsprechendes Zeugniß abzulegen vorhanden ist. Daher es eine absolute und relative Unzulässigkeit gibt. In gleicher Weise können aber die Gründe der Zurückweisung eines Zeugen vor

---

23) Schmid, a. a. O., S. 233 fg. Bayer, a. a. O., S. 806, 875.

dem Verhöre zum Theil schon in der Beschaffenheit des Beweissatzes enthalten sein, wenn es dabei nämlich auf Kunstkenntniß ankommt, welche dem Zeugen ausgemachterweise nicht innewohnt. Stellt sich dagegen b) während der Abhörung des Zeugen dessen völlige Unfähigkeit zur Abgabe des Zeugnisses heraus, so wird dann dessen Verhör abgebrochen und unterlassen, z. B. wenn der Zeuge auf seinen geleisteten Eid versichert, daß er zur Zeit des Vorfalles völlig betrunken gewesen sei. Dagegen werden blos verdächtige Zeugen unter allen Umständen abgehört, da sich der gegen sie vorliegende Verdacht durch das Verhör selbst mehren oder mindern kann, und es ist dabei gleichgültig, ob der Verdacht gegen den Zeugen durch wirklich aus den Acten sich ergebende Zweifel an der Fähigkeit oder an dem guten Willen desselben die Wahrheit zu sagen begründet ist, oder ob dieser sich erst während des Verhörs ergeben hat. Denn auch der letztere hindert die Fortsetzung des Verhörs nicht. — Der vorzüglichste Zeitpunkt, die persönliche Glaubwürdigkeit eines jeden Zeugen, der etwas Erhebliches ausgesagt hat, zu prüfen, ist aber c) die Periode, wo über das Resultat des Zeugenbeweises überhaupt ein Urtheil gesprochen werden soll. Denn die Eigenschaft eines classischen Zeugen hängt nicht allein von seinen persönlichen Qualitäten oder von seinem Verhältnisse zu den streitenden Theilen und Streitobjecten, sondern außerdem auch noch von der Beschaffenheit seiner Aussage ab. Nur dann nämlich ist der persönlich nicht einmal verdächtige Zeuge auch omni exceptione major, wenn seine Aussage eine in das Einzelne gehende, bestimmt lautende ist. Vage und generelle Angaben haben geringen Werth, und ist das Gericht sogar von Amtswegen verpflichtet, die Zeugen zu bestimmten Angaben zu veranlassen [24]. Die Praxis hat daher, soweit es sich nicht im einzelnen Falle um den Beweis einer Negative handelt, mit Recht den Grundsatz aufgestellt: testis unicus affirmans plus probat quam mille negantes [25]. Endlich muß aber die Aussage eines clas-

---

24) Cap. 37 X. de testib. (2, 20).

25) Leyser, Medit. spec. 286, med. 1. Strube, I, Bedenken, 77. Gesterding, Nachforschungen, I, 165 fg. Schmid, a. a. O., S. 249.

sischen Zeugen weder mit sich selbst noch mit andern ausgemachten Thatsachen im Widerspruche stehen. Je wichtiger und häufiger solche Widersprüche in einer Aussage sind, desto mehr verliert diese an Werth. Widersprüche in blos unerheblichen Nebendingen machen hierbei nichts aus.

IX. Aus Alledem, was über die drei Erfordernisse eines vollständig beweisenden Zeugnisses bisher bemerkt wurde, ergibt sich, daß die Civilgewißheit, welche auf diese Weise erlangt wird, immer nur nach der Beschaffenheit der im einzelnen Falle erstatteten Zeugenaussagen bestimmt werden muß. Dabei schreiben die Gesetze[26]) namentlich vor, daß die Zeugen mehr abgewogen als abgezählt werden sollen. Es ist daher dem richterlichen Ermessen in dieser Hinsicht für alle Fälle ein großer Spielraum gestattet, um zu bestimmen, ob im einzelnen Falle völlige Civilgewißheit oder aber nur Wahrscheinlichkeit, und letztere in welchem Grade erreicht worden sei. Eben daraus folgt aber auch, daß der Gegenbeweis gegen einen auch noch so vorzüglich ausgefallenen Zeugenbeweis nie ausgeschlossen ist, wenn nur nicht die Beweisfrist unbenutzt verstrichen; ferner aber, daß selbst die nämlichen Menschen, welche von der einen Partei als Zeugen für sich vorgeschlagen wurden, auch vom Gegner zur Widerlegung dieses Beweises gebraucht werden können, weil ja aus dem bloßen Vorschlagen eines Zeugen nicht folgt, daß er der Intention des Beweisführers gemäß aussagen werde, folglich, daß ihm auch durch diese doppelte Benennung als Zeuge nicht zugemuthet werde, sich selbst zu widersprechen.

§. 133.

IV. Von gesetzlichen Vorschriften, als besonderer Ueberzeugungsquelle von Thatsachen.

I. Die letzte Art von Gründen, worauf die Ueberzeugung des Richters von Thatsachen beruhen kann, besteht in allgemeinen gesetzlichen Vorschriften, gewisse Thatsachen bei Behandlung

---

26) L. 21, §. 3, D. de testib. (22, 5).

und Entscheidung eines Civilrechtsstreits für wahr halten zu sollen. Man hat diese Vorschriften schon von früh her unpassenderweise praesumtiones, Vermuthungen [1]), genannt, unerachtet sie nicht zur bloßen Wahrscheinlichkeit, sondern in allen Fällen, wo sie Geltung erlangen, zur juristischen Gewißheit führen. Das Unpassende dieser Bezeichnung hat zwar wieder gut gemacht werden sollen durch den Zusatz praesumtiones juris oder legis, weil der Ausdruck praesumtio in den Fällen bloßer Schlußfolgerung, wo er gleichfalls zur Anwendung kommt, durch den Zusatz hominis charakterisirt wird, indem dabei keinerlei positive Vorschriften in Frage kommen. Von diesen praesumtiones legis muß man aber zwei Hauptgattungen unterscheiden; die Einen, welche eine definitive und unwiderlegliche juristische Gewißheit begründen, die Andern, welche nur eine provisorische solche Gewißheit veranlassen, mithin durch den Gegenbeweis entkräftet werden. Die letztern werden bezeichnet als praesumtiones simplices, die erstern als praesumtiones qualificatae.

II. Die qualificirten Präsumtionen (praesumtiones juris et de jure) muß man in der That als eine Art Fiction [2]) betrachten, weil sie keinen Gegenbeweis zulassen, und meistens [3]) bestimmte processualische Schritte voraussetzen, welche im Laufe des Processes bei völlig gesetzmäßigem Benehmen der Parteien vorgekommen sind. Es ist dies namentlich bei den rechtskräftigen [4]) Erkenntnissen der Fall, welche in Ansehung der Thatsachen, welche

---

1) Weber, Von der Verbindlichkeit zur Beweisführung (3. Aufl.), V, 80 fg. Heffter, Zusätze, S. 288. Weindler, Ueber Vermuthungen (Landshut 1807). Feuerlein, Versuch einer neuen Theorie der Vermuthungen in Gönner's Archiv, IV, 17. Borst, Beweislast, §. 29 fg. Collmann, Theorie des Beweises, §. 27 fg., S. 41—45. v. Holzschuher, Rechtsweg, S. 408 fg. v. Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, I, 241. Vermehren, das., XI, 262. Arndt's Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechts, S. 137. Puchta, Gewohnheitsrecht, II, 162. Schmid, Handbuch, II, 212. Bayer, Civilproceß, S. 717 fg.

2) And. Mein. Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheim, I, 181, welcher Fictionen von den Präsumtionen dieser Art wieder unterscheidet.

3) Dies ist nicht der Fall bei den Präsumtionen, welche in Cap. 30 X. de sponsal. (4, 1); Nov. 117, cap. 15, normirt sind.

4) L. 25 D. de stat. hom. (1, 5). L. 207 D. de reg. jur.

sie betreffen, für Wahrheit gehalten werden sollen, unerachtet diejenige Partei, welcher das Erkenntniß zum Nachtheil gereicht, sich kein gesetzwidriges Betragen im Processe hat zu Schulden kommen lassen. Hiervon unterscheiden sich dann aber diejenigen Präsumtionen dieser Art, welche als Strafen einer Contumaz [5]) eintreten und bald veranlassen, daß gewisse Thatsachen, obgleich kein Beweis darüber geführt ist, für wahr gehalten werden, z. B. die poena confessi, editi, jurare nolentis, bald dagegen, daß die Unwahrheit bestimmter Thatsachen zur Strafe des Ungehorsams für ausgemacht gehalten wird, namentlich wenn die Partei, welche verpflichtet war die Wahrheit zu beweisen, in der bestimmten peremtorischen Beweisfrist die Beweisführung darüber anzutreten unterläßt, wo dann angenommen wird, sie sei nicht im Stande diesen Beweis zu führen. Diesen Grundsatz darf man jedoch auf den Gegenbeweis im eigentlichen Sinne nicht anwenden, wenn auch die dazu berechtigte Partei sich damit präcludiren läßt; vielmehr folgt aus einer solchen Präclusion nur, daß sich diese Partei ihres Vertheidigungsrechts nicht bedienen wolle, für die Wahrheit oder Unwahrheit des streitigen Thatumstandes kann dagegen daraus etwas überall nicht gefolgert werden. Aus diesen Eigenthümlichkeiten der nur gedachten Gattung gesetzlicher Präsumtionen ergibt sich von selbst, daß die Gerichte keineswegs nach Willkür dergleichen Nachtheile androhen oder vollziehen dürfen, wenn ihnen nicht ein bestimmtes Gesetz das Recht und die Pflicht dazu gibt. Denn als wahrer Ueberzeugungsgrund von einer Thatsache kann eine solche Vermuthung an sich nicht betrachtet werden, und als Fiction setzt sie einen positiven Entstehungsgrund voraus, der nur in einem wirklichen Gesetze [6]) enthalten sein kann.

III. Die andere Gattung von Präsumtionen, die sogenannten einfachen (praesumtiones juris simplices), bestehen auch in der gesetzlichen Vorschrift für den Civilrichter gewisse That-

---

5) L. 34, §. 9; 38 D. de jurejur. (12, 2). Cap. 15 X. de sent. et re judic. (2, 27). Cap. 2 de appell. in VI^{to} (2, 15). Jüngster Reichsabschied, §. 49 a. E.

6) L. 14—16 D. de legib. (1, 3). Weber, a. a. O., S. 66 fg. Thibaut, Log. Auslegung (2. Ausg.), S. 85.

sachen, so oft sie bei Leitung und Entscheidung eines bürgerlichen Rechtsstreits in Frage kommen, so lange als wahr anzunehmen, als nicht das Gegentheil erwiesen ist. Ein besonderes processualisches Benehmen ist aber hierzu im einzelnen Falle nicht erforderlich, weil hier die allgemeine abstracte gesetzliche Regel vorliegt, daß eine bestimmte Meinung von einer Thatsache ohne Rücksicht darauf, ob andere Beweisgründe vorhanden sind oder nicht, regelmäßig zu Grunde gelegt werden soll. Man sollte dieselben daher nicht Präsumtionen (Vermuthungen), sondern gesetzliche Wahrheiten nennen. Als solche einfache Präsumtionen kommen aber in den Gesetzen folgende vor:

I. Ueber staatsrechtliche Verhältnisse, welche mit dem bürgerlichen Rechtsstreite in Verbindung stehen,
 1) die präsumtive Legalität [7]) der Gerichte und wol aller Beamten, nach Kanonischem Rechte auch die präsumtive Befähigung zum Staatsdienste bei Denjenigen, welche der Regent oder der Papst ernannt hat,
 2) die Vermuthung der Tilgung älterer Abgaben, sobald Quittungen über die der letzten drei Jahre vorhanden sind [8]);

II. über Proceßverhältnisse:
 3) das präsumtive Mandat (§. 77, S. 439 fg.);

III. in Privatverhältnissen, und zwar
 a) im Personenrecht:
 4) die Präsumtion der Paternität und besonders ehelicher Erzeugung [9]),
 5) des Vorwegsterbens, wenn Aeltern und Kinder in einem Unfalle umkommen [10]),
 6) der Gesundheit der Geisteskräfte (sanae mentis) [11]),

---

7) Vergl. oben §. 62, S. 377, Note 4. Cap. 6 X. de praesumt. (1, 9). — Cap. 16 X. de praesumt. (2, 23).

8) L. 3 C. de apoch. publ. (10, 22). Weber, a. a. O., S. 69 fg.

9) L. 6 D. de his, qui sui (1, 6). L. 5 D. de in jus voc. (2, 4). L. 12 D. de statu homin. (1, 5). L. 3, §. 11, 12, D. de suis et legit. (38, 15).

10) L. 9, §. 22, 23, D. de reb. dub. (34, 5). Mühlenbruch, Archiv für civil. Praxis, IV, 399 fg.

11) L. 5 C. de codicill. (6, 36).

7) der Idoneität der zu Gunsten eines Pupillen von der Obervormundschaft angenommenen Bürgen [12]);

b) aus dem Obligationsverhältnisse:

8) die Präsumtion des indebiti bei einem chirographum indiscretum oder einem minderjährigen Schuldner [13]),

9) der Richtigkeit der Contractsurkunden im Falle der L. 14 C. de contrahenda stipul. (8, 38),

10) der Tilgung einer Schuld, worüber der Schuldschein zerrissen oder zurückgegeben ist [14]),

11) über den Umfang einer versprochenen dos [15]),

12) die praesumtio Muciana, daß die Frau von ihrem Manne beschenkt sei [16]),

13) des Zugeständnisses [17]) im Falle eines außergerichtlichen Vergleichs über ein nicht capitales Privatdelict.

IV. Diese Classe der Präsumtionen ist allerdings für die Parteien weniger nachtheilig, da sie den Gegenbeweis zulassen und nur so lange interimistisch für wahr gelten, als diejenige Partei, gegen welche die Präsumtion spricht, von der ausdrücklichen gesetzlichen Erlaubniß zu zeigen, daß dieselbe im einzelnen Falle unrichtig sei, keinen Gebrauch gemacht hat. Aber dennoch sind diese Rechtsvermuthungen deshalb von großem Einfluß auf den Civilproceß, weil dadurch die Beweislast verändert wird, indem diejenige Partei, welche die Vermuthung für sich hat, wäre sie auch schuldig, das vermuthete Factum zu erweisen, durch das bloße Gesetz, welches sie für sich anführt, ihrer Verbindlichkeit genügt, und daher nur ihrem Gegner der Nachweis solcher Umstände, wodurch die vermuthete Thatsache widerlegt wird, auferlegt werden kann, was allerdings eine große Störung der

---

12) L. 11 D. de probat. (22, 3). And. Mein. Glück, Commentar, XXI, 299.

13) L. 25, §. 1, D. de probat. (22, 3).

14) L. 24 D. de probat. (22, 3). L. 2, §. 1, D. de pact. (2, 14). Vergl. auch noch den Fall in L. 26 D. de probat.

15) L. 57 D. de jure dot. (23, 3).

16) L. 51 D. de donat. int. vir. et ux. (24, 1). L. 6 i. f. C. eod. tit. (5, 16).

17) L. 5 D. de his, qui notant. infam. (3, 2). L. 7 D. de praevaricator (47, 15).

Rechtsgleichheit der Parteien zur Folge hat. Eben darum ist auch kein Gericht berechtigt, ohne allgemeine abstracte gesetzliche Vorschrift solche Präsumtionen anzunehmen oder die vorhandenen auszudehnen, ja es muß sogar selbst bei Auslegung von dergleichen Gesetzen mit größter Vorsicht zu Werke gehen, weil nicht alle Verordnungen, welche etwas ohnehin Wahrscheinliches anführen, eine eigentliche praesumtio juris enthalten, z. B. die Wahrscheinlichkeit, daß die Feuersbrünste durch die Schuld der Einwohner gewöhnlich geschehen [18]). Man muß daher da, wo eine praesumtio juris dieser Art eintreten soll, immer den Fall vorfinden, daß das Gesetz mit Rücksicht auf die Vertheilung der Beweislast zwischen den streitenden Parteien etwas über die Wahrheit der streitigen Thatsache festgesetzt hat. Auch ist nicht zu übersehen, daß solche Präsumtionen nur zwischen den eigentlich streitenden Parteien, für welche das Gesetz sie geordnet hat, entscheidend sein können, nicht aber ein Dritter zu seinen Gunsten sich darauf berufen darf, sobald an ihn das Gesetz gar nicht gedacht hat, indem das der relativen Natur aller Civilbeweise widersprechen würde. — Endlich aber ergibt sich aus der ganzen rechtlichen Auffassung, auf welcher solche Präsumtionen beruhen, daß der Gegenbeweis [19]) gegen sie nicht etwa dadurch geführt werden kann, daß man zeigt, die Präsumtion sei an sich eine unpassende und beruhe nicht auf genügenden Gründen — wie dies z. B. bei der in L. 12 D. de statu homin. (1, 5) enthaltenen der Fall ist, welche den neuern medicinischen Beobachtungen durchaus widerspricht — weil das Gesetz seine Kraft durch einen solchen Umstand nicht, vielmehr nur dadurch verliert, daß es durch ein neueres abgeändert wird. Der Gegenbeweis gegen die Präsumtion muß daher dadurch geliefert werden, daß man zeigt, sie könne auf den einzelnen Fall wegen besonderer Nebenumstände nicht angewendet werden, wie z. B. die eben angezogene Gesetzstelle durch die Schlußworte der L. 6 D. de his qui sui (1, 6)

18) L. 3, §. 1, D. de offic. praef. vigil. (1, 15). L. 11 D. de pericul. (18, 6). — Ferner L. 23 pr. D. quod met. caus. (4, 2). L. 6 D. de condict. caus. dat. (12, 4). Borst, Beweislast, §. 63, 64. Weber, a. a. O., S. 72 fg.

19) Weber, a. a. O., S. 80 fg. Seuffert, Rechtsw. Abhandlungen, S. 111.

allerdings widerlegt werden kann. Beobachtet man aber diese Richtung der Widerlegungsbeweisführung, so sind alle Arten von Beweisgründen tauglich, welche irgendwie juristische Gewißheit geben, daher auch der Eid, wenn er nur auf bestimmte Thatsachen gerichtet ist, die nicht nach dem Gesetze ohnehin wahr sind, z. B. die Richtigkeit des Protokolls, weil ihn in dieser Beziehung das Argument aus Cap. 2 X. de prob. (2, 19) entgegenstehen würde.

V. (Zu §. 128—133.) Blickt man nun auf die juristische Kraft der Beweisgründe zurück, so begründen juristische Gewißheit 1) alle gültigen und nicht widerrufenen Geständnisse, sowie alle beschworenen Behauptungen, soweit es sich nicht um eine Schätzung durch ein juram. in litem handelt, 2) jeder gültig eingenommene Augenschein, sowie die auf Nothwendigkeit gegründeten Schlüsse, 3) alle vollgültigen Zeugnisse, sowol rationeller als historischer Zeugen, 4) alle gesetzlichen Vorschriften, ein Factum als wahr anzusehen. Juristische Wahrscheinlichkeit dagegen im höhern oder geringern Grade wird 1) durch Schlußfolgerungen, 2) durch nicht ganz vollkommene Zeugnisse, 3) durch mangelhafte oder revocirte Bekenntnisse begründet.

§. 134.

b) Von der Beweisführung und den Beweismitteln an und für sich.

I. Für die Behandlung des einzelnen Rechtsstreits und die Uebersicht der Theorie von dem vorbereitenden Proceßtheile genügt es nicht, die Kenntniß aller abstract möglichen Beweisgründe zu besitzen, vielmehr muß auch das Princip festgestellt werden, nach welchem die Frage entschieden wird, welche von den abstract möglichen Beweisgründen im einzelnen Falle zur Anwendung gelangen sollen. Im Ganzen genommen erhält das seine Richtschnur durch die Willkür der Parteien, und zwar nicht durch ihren vereinigten Willen, sondern durch die einseitige Willkür derjenigen einzelnen Partei, welcher die Verbindlichkeit obliegt, das zweifelhafte Factum als wahr nachzuweisen, mag dies durch den eigentlichen Beweis oder den Gegenbeweis ge-

schehen. Denn daß nicht das Gericht die für den einzelnen Fall zu benutzenden Beweisgründe aufsuchen dürfe, das ergibt sich einmal aus dem Verhandlungsprincipe, dann aber auch aus den allgemeinen Regeln über die Beweislast. Denn in Rücksicht auf die Sicherheit des Gelingens, die damit verknüpften Kosten und auf den Erfolg für das Haupterkenntniß ist ein großer Unterschied zwischen den mehren Arten von Beweisgründen. Dem Gerichte liegt es daher bei Leitung und Entscheidung des einzelnen Rechtsstreits nur ob, die Art und Weise zu prüfen, wie alle jene abstract möglichen Beweisgründe, oder aber nur ein Theil derselben zu den Acten des zu entscheidenden Rechtsstreits als brauchbar nachgewiesen sind, mithin ob ein zusammengesetzter Beweis, zu welchem mehre Gattungen von Beweisgründen vereinigt sind, oder ob ein einfacher, welcher nur durch eine einzige Gattung, z. B. Zeugen, geführt werden soll, ob ein directer oder ein indirecter, künstlicher, unternommen worden ist. — Um nun aber jenes Recht der freien Wahl von Seiten der Parteien auszuüben, sind gerichtliche Erklärungen und Handlungen, woraus die getroffene Wahl im einzelnen Falle erhellt, nothwendig, welche man überhaupt die Beweisführung und bezüglich Gegenbeweisführung nennt. Solche Proceßschritte sind aber gleich den übrigen um deswillen einseitige Handlungen, zu welchen eine Uebereinstimmung beider Theile nicht nothwendig ist, weil die Wahl der einen Partei der andern nicht präjudiciren kann, indem es dieser unbenommen bleibt, diejenigen Beweisgründe, welche ihr zweckmäßig erscheinen, vom Gegner aber etwa unbenutzt gelassen worden sind, durch den Gegenbeweis nachzutragen. Insofern aber die zur Beweisführung verpflichtete Partei die Wahl zwischen den mehren Beweisgründen wirklich ausübt und Handlungen vornimmt, welche zur Benutzung der gewählten Beweisgründe nöthig sind, nennt man sie den Producenten, gleichviel, ob es der Kläger oder der Beklagte ist. Die Handlungen des Producenten aber bestehen theils in einer Art von Angriffen, theils in der Erfüllung gewisser Formalitäten, welche die Gesetze bei Benutzung der gewählten Beweisgründe vorgeschrieben haben, z. B. in der Abfassung der Beweisartikel und der Vorstellung der Personen der Zeugen. — Der Gegner des Producenten heißt in solcher Beziehung immer Pro-

duct, und sein Antheil an der Benutzung der Beweisgründe besteht theils in Antworten, theils in Vertheidigungsangriffen, deren er sich hinsichtlich der einzelnen Beweisgründe bedient. Insofern aber der Product wirklich von der Befugniß Gebrauch macht, einen Gegenbeweis zu führen, erhält er das Prädicat Reproducent neben jenem des Producten, und hat dieselben Obliegenheiten wie der Producent. Den Inbegriff aller dieser Erklärungen und Handlungen einer Partei, wodurch die für den einzelnen Fall vermeintlich dienlichen Beweisgründe actenmäßig gemacht werden sollen, nennt man am zweckmäßigsten die Beweisführung [1]), wiewol gewöhnlich und sogar in den Gesetzen [2]) der Ausdruck „probatio" oder „Beweis" [3]) ohne Zusatz dafür gebraucht wird.

II. Da nun aber durch den mehrfachen Gebrauch des Wortes „Beweis" leicht Zweifel darüber entstehen, ob von den Beweisgründen oder der Beweishandlung die Rede sei, so ist es nothwendig, die Verschiedenheiten, welche sich zwischen diesen Bedeutungen, theils in Ansehung des Gegenstandes, theils der Wirkungen beider ergeben und es zur leichtern Erkenntniß des Unterschiedes rathsam

---

1) Gönner, Handbuch, II, 37. Walch im Magazin, S. 63 fg. Weber, Von der Verbindlichkeit zur Beweisführung, I (3. Aufl.), 5. Gesterding, Nachforschungen, IV, 2, S. 25 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 196.

2) L. 2 D. de probat. (22, 3). Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. L. 3 D. eod. Probatio mutuae voluntatis ei debet incumbere, qui convenitur. L. 11 D. eod. Nam probatio exigenda est ab his. L. 12 D. eod. — sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur. L. 4 C. eod. (4, 19) — te in probatione cessante. L. 8 C. eod. Frustra vere minime ab eo, qui lite pulsatur, probatio exigitur. — — Wenn in L. 23 D. de probat. der Ausdruck „manifestae probationes" vorkommt, so sind darunter eher Beweisgründe als Beweisführungen zu verstehen, denn es folgt „ostenderit", was auf die letztern sich bezieht. Jüngster Reichsabschied, §. 45.

3) Gönner, a. a. O., §. 7, versteht unter „Beweis" die Handlung einer Partei, worin sie durch neues factisches Vorbringen den Richter von der Wahrheit der Merkmale einer Thatsache, wovon die Anerkennung ihres Rechts abhängt, zu überzeugen sucht. Allein diese Definition ist unrichtig, da nova im Beweise nicht zulässig sind, auch die Möglichkeit bereits benannte Beweismittel später zu gebrauchen ausgeschlossen und ebenso wenig der directe Gegenbeweis darunter begriffen sein würde.

machen, die Ausdrücke: Beweisgrund[4]) und Beweisführung zu gebrauchen, näher ins Auge zu fassen. In Ansehung des Gegenstandes sind nämlich als Objecte der Beweisgründe alle Thatsachen, welche im einzelnen Falle als erheblich in Frage kommen, zu betrachten, gleichviel ob die Parteien einig oder uneinig über die einzelne Thatsache sind, ob dieselbe früh oder spät zur Sprache kommt. Denn der Civilrichter kann keine Thatsache für wahr oder wahrscheinlich halten und als solche seinen Verfügungen zu Grunde legen, ohne rechtliche Gründe dafür aus den Acten anführen zu können. Anders verhält es sich bei den Beweisführungen, welche nur streitige Thatsachen zum Gegenstande haben sollen. Daher muß denn, besonders im ordentlichen Civilproceßverfahren, die Veranlassung zur Beantwortung der von der einen Partei behaupteten Thatsachen durch die Gegenpartei vorangegangen sein, damit es feststehe, ob die Beweisführung nöthig sei oder nicht, ehe zu dieser selbst geschritten werden kann[5]). Hieraus folgt dann auch, daß bei einer Beweisführung keine andern Thatsachen als Gegenstand derselben gebraucht werden können, als solche, über deren Wahrheit sich schon in den vorhergegangenen Verhandlungen ein Streit zwischen den Parteien erhoben hat, daß mithin wahre nova nicht erst in der Beweisinstanz behauptet werden dürfen[6]). Auch würden dergleichen, insofern es Einreden, Repliken u. s. w. sind, präcludirt sein, weil sie nicht zur rechten Zeit vorgeschützt wären; weshalb es denn, um dieselben nachzuholen, einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedürfen würde. Aber selbst dann würden dieselben erst vom Gegner zu beantworten sein, ehe man zur Beweisführung darüber schreiten könnte. — Dieser Grundsatz gilt jedoch nur von der natürlichen Beweisführung, bei welcher alle Thatsachen als solche unmittelbar selbst relevant sind, und leidet keine Ausdehnung auf die künstliche Beweisführung. Denn bei

---

4) Walch, a. a. O., S. 113. Grolmann, Theorie, §. 806. Gesterding, a. a. O., S. 46 fg. — Nur von Beweisgründen, nicht aber Beweismitteln handelt Bayer, a. a. O., S. 790.

5) Jüngster Reichsabschied, §. 50. Das deutet auch der Titel der Decretalen ut lite non contestata non procedatur ad testium examen an.

6) Gönner, a. a. O., II, Abh. 37, §. 12; Abh. 40, §. 2—5.

dieser ist es allerdings erlaubt, auch ohne Restitution solche Thatsachen als Prämissen für die Schlußfolgerungen zu den Acten zu bringen, worüber bis dahin in den Acten noch nichts vorgekommen war, weil diese Thatsachen in diesem Rechtsstreit an sich irrelevant sind und nur zum Beweise einer andern Thatsache dienen sollen, welche allerdings zur rechten Zeit in den Acten vorgetragen und beantwortet ist. Zweckmäßig ist es selbst hier, wenn das Gericht den Producten zuerst über Prämissen, welche erst in der Beweisinstanz behauptet werden, zur Erklärung auffordert, ob er dieselben bestreite oder einräume, so daß hier in der That die Litiscontestation nachgeholt wird, ehe man im Beweisverfahren fortfährt, denn nur dadurch können unnöthige Beweisschritte vermieden werden. Ausnahmsweise kann es aber allerdings vorkommen, daß über noch nicht beantwortete Thatsachen eine Beweisführung zuzulassen ist, wenn nämlich 1) provisorische Maßregeln gefordert werden, welche das Gericht, ohne den Gegner gehört zu haben, treffen soll, z. B. Arrestanlegung. Denn in solchen Fällen muß diejenige Partei, welche dergleichen Schritte nachsucht, voraussetzen, ihr Gegner leugne alle erheblichen Thatsachen, und durch einen Präventionsbeweis einem solchen Leugnen im Voraus zu begegnen suchen, um das Gericht zu bestimmen, das Provisorium zu verfügen. Sollte der Gegner erst über dergleichen Schritte gehört werden, dann würde der ganze Zweck eines solchen Gesuchs in der Regel vereitelt werden. — Nach Analogie dieser Maßregel hat man dann auch 2) bei einigen summarischen Proceßarten dasselbe Verfahren beobachtet, so daß jeder Kläger, welcher diese Proceßart wählt, verpflichtet ist, bei Erhebung seiner Klage alle Thatsachen, welche zu deren Grund gehören, ehe der Gegner darüber gehört ist, zu bescheinigen, und ebenso jeder Beklagte, welcher mit Einreden in einer solchen Proceßart auftritt, dieselben sofort bescheinigen muß, ohne die Replik des Gegners abgewartet zu haben. Es sind dies summarische Proceßarten, bei welchen entweder ohne vorgängiges Gehör des Gegners in Ansehung des Streitobjects selbst etwas verfügt werden soll, z. B. bei dem unbedingten Mandatsproceß, oder wo schnelle richterliche Hülfe blos aus dem Grunde provisorisch ertheilt wird, weil die Liquidität der An-

sprüche sofort herbeigeschafft ist, z. B. im Executiv- und Wechselverfahren. — Noch auffallender ist der Unterschied zwischen Beweisführung und Beweisgrund in Ansehung ihrer Wirkungen. Denn die Beweisführung kann nur Proceßschritte von Seiten des Gerichts oder der Parteien herbeiführen, welche den Zweck haben, entweder die gewählten Beweisgründe actenmäßig zu machen, oder den Producten zu veranlassen, sich gegen diese Beweisführung, soweit es zulässig ist, zu vertheidigen. Ein Endurtheil kann aber die Beweisführung als solche nicht veranlassen, sondern das kann nur durch die Beweisgründe geschehen, weil diese allein auf die richterliche Ueberzeugung einen Einfluß äußern können, während die Beweisführung nur ein Bestreben enthält, diese Ueberzeugung hervorzurufen, ohne daß dadurch immer der gewünschte Erfolg erreicht würde.

III. Außer den auf die angegebene Art von einander zu trennenden Beweisgründen und Beweisführungen erwähnen nun sowol die deutschen Reichs- und Landesgesetze als die ältern und neuern Processualisten noch der Beweismittel (media probandi) oft, und mit Recht unterschieden von den Beweisgründen, oft aber damit verwechselt und vermischt; weshalb es denn nöthig ist, von diesen Beweismitteln noch besonders zu handeln. Unter den Beweismitteln [7]) versteht man aber diejenigen Personen, Sachen und Handlungen, deren sich ein Beweisführer bedient, um die von ihm gewählten Beweisgründe zu den Acten des einzelnen Rechtsstreits zu bringen. Denn Mittel ist, nach Adelung [8]), Dasjenige, was in der Mitte zwischen zwei andern Dingen liegt; also Beweismittel, das, was zwischen Beweisgrund und Beweisführung in der Mitte liegt, die Verbindung

---

7) Schaumburg. princip. prax., p. 160, §. II. „media probandi". — Walch, a. a. O., S. 114. Gesterding, a. a. O. Schmid, Handbuch, II, 133. — Gensler im Archiv für civil. Praxis, I, 29 fg., stellt willkürliche Begriffe auf, die dem deutschen Sprachgebrauche zuwiderlaufen; ihm folgt Glück, Commentar, XXII, 227. — Dagegen Reinhard, Handbuch des bürgerlichen Processes, S. 151. Mühlenbruch, Entwurf, §. 270, 271. — Auch in der Bundes-Austrägalordnung vom 3. Aug. 1820, Art. 7 (Klüber, Quellensammlung, S. 294), sind die Begriffe Beweismittel und Beweisgründe nicht genau unterschieden.

8) Adelung, Wörterbuch s. v. „Mittel".

beider vermittelt. Die Beweismittel unterscheiden sich aber schon deshalb von den Beweisgründen, weil die peremtorischen Beweisfristen nur auf jene sich beziehen, und den Beweisführer veranlassen sollen, alle zu gebrauchenden Beweismittel innerhalb derselben namhaft zu machen, auch diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche von ihm geschehen müssen, um die genannten Beweismittel anwenden zu können. Die Beweisgründe dagegen sind an keine Beweisfristen gebunden, sondern werden beinahe ohne Ausnahme viel später actenmäßig. — Es hat aber diese Begriffsbestimmung und die damit zusammenhängende Frage, was Alles zu den Beweismitteln zu zählen sei, ein praktisches Interesse, wenn man dadurch zugleich andeuten will, welche Beweisgründe das Gericht im Civilprocesse sich nicht auf eigenem Antrieb oder von Amtswegen herbeischaffen dürfe, sondern dies von einer der Parteien erwarten müsse; denn nur diese letztern sind immer Beweismittel.

IV. Unbestritten ist es nun aber, daß 1) bei der Beweisführung durch Zeugen die Person des abzuhörenden Zeugen das bloße Beweismittel sei, welches der Producent dem Gericht gehörig namhaft zu machen hat, damit dieses den Zeugen vorladen und abhören könne. Der Beweisgrund hingegen liegt in diesem Falle erst in der Aussage dieses Zeugen, in seinem Zeugnisse, insofern derselbe etwas zur Sache Dienliches angibt. 2) Urkunden sind lediglich Sachen, deren sich der Producent bedient, um dem Gerichte bald ein Geständniß seines Gegners, bald ein Zeugniß, insbesondere öffentlicher Personen, mitzutheilen, oder sie sind als solche endlich ein Object des richterlichen Augenscheins und insofern nur Beweismittel. Ob sie aber einen Beweisgrund enthalten werden, hängt theils von der Echtheit, theils von der Gültigkeit des Inhalts jeder Urkunde ab. 3) Soll der Beweis durch freiwillige Zuschiebung eines Haupteides geführt werden, so stützt sich dabei die richterliche Ueberzeugung erst auf die wirkliche Ableistung des Eides. Um aber hierzu gelangen zu können, ist die bestimmte Erklärung des Producenten nöthig, daß er von seinem Gegner einen solchen Eid fordere und die darauf erfolgende Aeußerung des Producten, ob er den Eid annehmen oder zurückschieben wolle. Hier liegt also das Beweismittel in diesen letztern Hand-

lungen der Parteien. Nach dem altsächsischen Processe [9]) hat man früher die Eidesdelation deshalb nicht zu den Beweismitteln gezählt, weil sie vor der Beweisfrist gebraucht sein mußte, wenn sie überhaupt zulässig sein sollte, und das hat auf die Fassung der Beweisinterlocute großen Einfluß gehabt, wie oben (§. 129) bereits erwähnt wurde. Dem gemeinen deutschen Civilprocesse dagegen ist eine solche Einschränkung völlig unbekannt. Soll endlich 4) im einzelnen Falle der Richter durch eine Fiction von der streitigen Thatsache überzeugt werden, indem er vermöge dieser die Wahrheit einer Thatsache zum Nachtheile des Producten annimmt, z. B. indem die Strafe der Eidesverweigerung gegen denselben ausgesprochen wird, so kann das in den gewöhnlichen Fällen nur erst dann geschehen, wenn der Producent seinen Gegner des Ungehorsams beschuldigt hat. Dieser Contumacialantrag des Producenten ist mithin das Beweismittel, wodurch er das Gericht veranlassen will, die Fiction eintreten zu lassen; diese hingegen gibt, wenn sie einmal stattfindet, den Beweisgrund ab.

V. In allen diesen Fällen ergibt sich also soviel, daß das Gericht aus eigenem Antriebe sich die Beweisgründe nicht verschaffen darf, welche durch solche Beweismittel erst actenmäßig werden sollen, da die Wahl der letztern den Parteien allein zusteht, und das Gericht, sollten sie demselben auch zufällig bekannt sein, indem es z. B. die Zeugen kennt, welche die beste Wissenschaft von der Sache haben oder um die Existenz der Urkunden weiß, woraus sich das zu erweisende Factum ergeben kann, sich seiner Kenntnisse ohne Parteithätigkeit nicht bedienen darf. Es ist deshalb der Thätigkeit des Producenten allein überlassen, innerhalb der gesetzten Frist die erforderlichen Schritte zu thun, um die relevanten Thatsachen in das gehörige Licht zu setzen. Auch der Erfüllungs- und Reinigungseid sind nicht zu den Beweismitteln zu zählen, sondern unstreitig zu den Beweisgründen, weil diese Eide an die Beweisfrist nicht gebunden sind, vielmehr auf dieselben erst am Schlusse der Beweisinstanz und sogar ohne allen Antrag der Parteien, mithin von Amts-

---

9) Biener, System. proc., §. 90, n. 2.

wegen[10]), erkannt werden muß, wenn das Resultat der Beweisführung kein genügendes gewesen ist. — Streitig[11]) ist es dagegen, ob 1) die Geständnisse, 2) der Augenschein, 3) die gerichtlichen Schlußfolgerungen, 4) die Kunstverständigen zu den Beweismitteln gezählt werden müssen oder nicht, d. h. mit andern Worten, ob diese Beweisgründe an die Beweisfrist gebunden sind oder nicht, und folglich ob sie von Amtswegen benutzt werden können oder nicht. — Zu 1. Nun ist es zwar richtig, daß die Geständnisse ein Beweisgrund selbst und kein bloßes Beweisführungsmittel sind, sobald sie gültig abgelegt wurden, und daß das Gericht sie von Amtswegen berücksichtigen muß, sofern sie sich in den nämlichen Acten befinden, worüber erkannt werden soll, möchte gleich keine der Parteien darauf provocirt haben. Allein nie können erhebliche Geständnisse, welche etwa außergerichtlich oder wol gar nur mündlich abgelegt sind, oder bei andern Acten oder bei andern Gerichten vorgekommen sind, von Amtswegen benutzt werden; vielmehr muß es in diesem Falle der Partei, welche durch sie Beweis führen will, überlassen bleiben, zu den jetzigen Streitacten die Existenz, den Inhalt und die Nebenumstände solcher Geständnisse erst actenmäßig zu machen, mag sie sich dazu der Urkunden oder des Zeugenbeweises oder sogar der Eidesdelation bedienen, womit sie dann jedoch an die Beweisfrist gebunden ist. Unter diesen Umständen gehören dann die Geständnisse um so sicherer zu den Beweismitteln, als dieselben nicht immer einen directen, sondern oft nur einen künstlichen Beweis bilden. — Zu 2. Ebenso ist die sinnliche Wahrnehmung einer Thatsache, welche ein Gericht vornimmt, allerdings ein Beweisgrund, der auch von der Thätigkeit der Parteien nicht sowol abhängt, als in der eigenen des Richters besteht. Allein der Antrag des Producenten, eine solche Wahrnehmung durch die Sinne vorzunehmen, muß regelmäßig vorangehen, und dieser ist das Beweisführungsmittel, welches an die Beweis-

---

10) L. 3 C. de reb. cred. (4, 1). Cap. 36, §. 1, X. de jurejur. (2, 24). Cap. 2 X. de probat. (2, 19).

11) Gönner, a. a. O., II, Abh. 37, §. 19; Abh. 44, §. 4 fg.; Abh. 45, §. 1 fg. Gensler, a. a. O. Linde, Lehrbuch, §. 235. Schmid, Handbuch, II, §. 116, S. 133. Bayer, a. a. O., S. 790.

frist gebunden ist, insofern nicht das Gericht von Amtswegen berechtigt ist, einen Augenschein einzunehmen. Nun unterliegt es zwar keinem Zweifel, daß, wenn das zu besichtigende Object sich bei den Acten bereits befindet, z. B. eine Urkunde, das Gericht uneingeschränkt die Besichtigung desselben vornehmen könne, weil die Acten seinem fleißigen Studium sogar pflichtmäßig unterworfen sind. In allen übrigen Fällen dagegen, wo das Object der Besichtigung vom Producenten wenigstens erst bezeichnet oder wol gar vorgelegt werden muß, ehe die richterliche Besichtigung stattfinden kann, läßt sich nicht in Abrede stellen, daß ohne die Thätigkeit der Parteien die Ocularinspection nicht erfolgen könne, sie mithin unter diesen Umständen zu den Beweismitteln gezählt werden müsse. Doch möchte die Eigenheit des römischen Verfahrens [12]) im Vindicationsprocesse, daß vindicirte Mobilien und Immobilien, letztere wenigstens durch repräsentirende Schollen ins Gericht geliefert sein mußten, heutigen Tags nicht mehr anwendbar sein, man müßte denn das Object solcher Vindicationen als im juristischen Sinne vorliegend betrachten, wozu es jedoch an gesetzlichen Vorschriften fehlt. Uebrigens muß man von dieser Frage den Fall völlig unterscheiden, wo die Parteien über eine streitige Localität in ihren Beschreibungen sich dunkel ausdrücken und das Gericht, um sie zu verstehen, die Beibringung eines Risses von ihnen fordert. Denn das ist nach den Gesetzen [13]) dem Gerichte ebenso erlaubt, wie eine interrogatio in jure. — Zu 3. Was die richterlichen Schlußfolgerungen betrifft, so ist das Ziehen der Schlüsse ebenfalls offenbar nur Sache des Gerichts, ein Act seiner Reflexion, und kann folglich von den Parteianträgen ebenso wenig abhängen, als von der Beobachtung der Beweisfrist. Allein die Prämissen zu jedem Schlusse müssen durch die Thätigkeit der Parteien zu den Acten geliefert werden, da namentlich der Untersatz in bloßen Thatsachen besteht, welche das Gericht von Amtswegen nicht aufklären kann. Sollte daher vor Eröffnung der Beweisinstanz ein

---

12) Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 39—41. Keller, Röm. Civilproceß, S. 60. — Gönner, a. a. O., II, Abh. 44, §. 4.

13) Jüngster Reichsabschied, §. 51. Claproth, Einleitung zum ordentlichen Processe, II, §. 222. Gönner, a. a. O., II, Abh. 37, §. 20.

solches Herbeischaffen der Prämissen nicht geschehen sein, so ist das jetzt zugleich an die Beweisfrist nothwendig gebunden, und muß durch die gewöhnlichen Beweismittel unternommen werden. Daher insoweit auch die richterlichen Schlußfolgerungen mit Recht zu den Beweismitteln gezählt werden. — Zu 4. Endlich sind die Kunstverständigen nach dem bisherigen gemeinen Rechte ganz wie Zeugen behandelt worden, mithin ist ihre Person als ein Beweisführungsmittel in den Händen der Parteien [14]) zu betrachten, dessen Anwendung an die Beweisfrist gebunden ist, sobald das Gutachten derselben als eigentlicher Beweisgrund im einzelnen Falle benutzt werden soll, was daher regelmäßig nicht von Amtswegen geschehen kann. Nur in dem Falle läßt sich hiervon eine Ausnahme annehmen, wenn in den verhandelten Acten eines einzelnen Falles Thatsachen als bereits bewiesen vorliegen, deren Einfluß auf die richterliche Entscheidung nicht beurtheilt werden kann, wenn nicht auf Seiten des Gerichts eine Kunstkenntniß hinzukommt, welche doch bei dem Richter an und für sich als vorhanden nicht angenommen werden darf. Denn in einem solchen Falle werden von Amtswegen Kunstverständige selbst nach Ablauf der Beweisfrist zugezogen, weil die Sache sonst unentschieden bleiben müßte. Das Gericht muß daher alsdann sich solcher Gehülfen bedienen, um die Fällung des Erkenntnisses vornehmen zu können, weil diese unter solchen Umständen auch durch keinen nothwendigen Eid würde herbeigeführt werden können.

§. 135.

2) Besonders von der Eintheilung der Beweisführung:

α) Beweis und Gegenbeweis.

I. Bei jeder Thatsache, welche in einem bürgerlichen Rechtsstreite als relevant, aber streitig der Beweisführung bedarf, ist nur eine von beiden Parteien verpflichtet, den erforderlichen Beweis herbeizuschaffen. Insofern nun die Partei es wirklich un-

---

14) Weiter geht L. 1, §. 4, 5, D. de inspic. vent. (25, 4).

ternimmt, dieser Obliegenheit zu genügen, besteht darin die Beweisführung im engern Sinne. Die zur Beweisführung nicht verpflichtete Partei kann sich dabei völlig passiv verhalten, allein weil es doch möglich wäre, daß eine unrichtige Civilgewißheit oder Wahrscheinlichkeit in die Acten käme, so muß es dem Producten wenigstens erlaubt sein, da, wo er es für nöthig hält, nicht allein einen Versuch zu machen, die Unzuverlässigkeit der Beweisführung ins Licht zu setzen, sondern auch das, was er selbständig zu seiner Vertheidigung angriffsweise vorgeschützt hat, zur civilrechtlichen Gewißheit zu erheben. Denn darin besteht ein wichtiger Theil der Vertheidigung des Producten, daß ihm das Recht zusteht, sich durch den Gegenbeweis [1]) zu schützen, wenn es auch keine Pflicht für ihn ist. — Obgleich nun das Römische Recht [2]) nicht ausdrücklich der Befugniß des Producten gedenkt, sich gegen die möglichen, ihm nachtheiligen Folgen der Beweisführung des Producenten durch eine entgegengesetzte Beweisführung zu sichern und zu vertheidigen, so ist doch im Kanonischen Rechte und deutschen Reichs- und Landesgesetzen [3]) diese Befugniß so bestimmt anerkannt — wie sie ja auch eine natürliche Folge der Rechtsgleichheit der Parteien ist —, daß sie sich auch dann von selbst versteht, wenn sie gleich im Beweisinterlocute nicht namentlich vorbehalten ist. Allein die

---

1) Gönner, Handbuch, II, Abh. 41, §. 42. Collmann, Grundl., S. 91—94. Linde, Abh. I, S. 49 fg. v. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile des Civilprocesses, S. 369 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 198. Mittermaier im Archiv, VI, 342. Albrecht, Exceptionen, S. 200. Fitting, Begriff vom Haupt- und Gegenbeweis (1833), §. 13, 14. Schmid, Handbuch, II, §. 117, S. 134 fg. Bayer, Civilproceß (8. Aufl.), S. 760 fg.

2) L. 39, pr. D. de liberali caus. (40, 12). L. 14 D. de probat. (22, 3). Siehe auch L. 9 C. de except. (8, 36). Heineccii element. jur. germ., tom. II, p. 601, §. 204, edit. 2.

3) Cap. 26, 35 X. de testib. (2, 20). Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 15, §. 8. Jüngster Reichsabschied, §. 54. Brandenburg-Culmbachische Hofgerichtsordnung von 1543, S. 6, Tit. 14. Solmsischer gerichtlicher Proceß von 1571, S. 31. Chursächs. Constitutionen, I, const. 14, 16 von 1572. Frankfurter Proceßordnung von 1578, Bl. 32^b, 37^b, Tit. 36. Butzbach'sche Gerichtsordnung von 1578, S. 96.

genauere Begrenzung dieses Gegenbeweises und dessen rechtliche Natur ist nicht auf gleiche Weise durch die Gesetze außer Zweifel gesetzt. Man hat vielmehr die zwei völlig verschiedenen Fälle der Vertheidigung eines Producten vermittelst seiner eigenen Beweisführung, namentlich in der Praxis und im Urtheilsstyle unter dem gemeinsamen Namen des Gegenbeweises vereinigt, ungeachtet wesentliche Differenzen zwischen beiden obwalten, dem wahren, directen Gegenbeweis und dem uneigentlichen, indirecten Gegenbeweis. Jener erstere beschränkt sich auf den Versuch des Nachweises der Unhaltbarkeit oder Unrichtigkeit der Beweisführung, der letztere auf den Beweis der von dem Producten vorgetragenen selbständigen Angriffe, insofern daneben der Beweis der Klage noch nothwendig war.

II. Es unterscheiden sich aber der directe und der indirecte Gegenbeweis dadurch, daß 1) bei dem Unterlassen des directen nie über die Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit der streitigen Thatsache eine Folgerung oder Fiction aufgestellt wird, sondern lediglich die Befugniß zum Gegenbeweis verloren geht. Dessenungeachtet kann der Proceß für den Producten gewonnen werden, sobald nur die Beweisführung des Producenten mislingt. — Die Versäumniß des indirecten Gegenbeweises hat dagegen stets die Fiction zur Folge, daß das Beweisthema, welches durch denselben dargethan werden sollte, als falsch angesehen wird, was für das Endurtheil begreiflicherweise von erheblichem Einflusse ist. — 2) Ein fernerer erheblicher Unterschied zeigt sich in Ansehung der Zeit, innerhalb welcher beide Arten von Gegenbeweis anzutreten sind. Denn wenn auch im Allgemeinen jeder Gegenbeweis so lange unnöthig ist, als die Gegenpartei den ihr obliegenden Beweis noch gar nicht unternommen hat, so ist doch gleich nach angetretenem solchen Beweise von Seiten des Producten leicht zu übersehen, ob es rathsam sei, dieser Beweisführung durch einen eigentlichen directen Gegenbeweis zu begegnen, je nachdem nämlich die Beweisantretung mehr oder minder erheblich und einer Widerlegung bedürftig erscheint. Ganz passend ist daher in neuern Gesetzen verordnet, daß die Frist zur Antretung eines Gegenbeweises erst von dem Augenblicke an laufe, wo dem Producten die Antretung des Beweises mitgetheilt

worden ist. Im gemeinen Recht [4]) war diese Vorschrift zwar nicht enthalten, aber doch bestimmt ausgesprochen, daß der eigentliche Gegenbeweis, besonders wenn er durch Zeugen geführt werden soll, früher angetreten werden müsse, als der Rotul über die Aussagen der Beweiszeugen publicirt worden ist, weil man fürchtete, daß nachher, nachdem bekannt geworden, was die abgehörten Beweiszeugen ausgesagt haben, Zeugen zum Gegenbeweise möchten bestochen werden. Der indirecte Gegenbeweis aber wurde nach ausdrücklicher Vorschrift des Kanonischen Rechts [5]) selbst dann noch zugelassen, wenn schon jene Publication des Rotuls über den Beweis erfolgt war. Denn dieser indirecte Gegenbeweis enthält ein eigenes Factum, welches selbst neben dem Thema der wahren Beweisführung ganz wahr sein kann, und man hat daher nicht geglaubt, in solchen Fällen eine Bestechung der Zeugen befürchten zu müssen. Seitdem aber das Eventualprincip auch auf die Beweisinstanz angewendet [6]) worden ist, darf selbst der indirecte Gegenbeweis nicht so lange verschoben werden, bis man erst weiß, ob es dem Producenten gelungen ist, seiner Pflicht zu genügen. Daher ist in den spätern Proceßordnungen auch für diesen indirecten Gegenbeweis als äußerster Termin die Bekanntmachung des Zeugenrotuls über den Beweis vorgezeichnet worden. Uebrigens ist durch diese Vorschriften dem Producten die Befugniß nicht entzogen, beiderlei Arten des Gegenbeweises zu anticipiren, also früher anzutreten, als er dazu verbunden wäre. Man kann daher aus der Reihenfolge, worin beide Parteien diese Beweise führen, ein Kennzeichen dafür, welches der Beweis im Gegensatze des Gegenbeweises sei, nicht hernehmen [7]). — Was aber die Art und Weise der Beweisführung betrifft, so ist es zwar unzweifelhaft, daß sowol der directe als der indirecte Gegenbeweis bald auf natürliche, bald

---

4) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 15, §. 8. Clem. 2 de test. (2, 8).

5) Cap. 35 X. de test. (2, 20).

6) Jüngster Reichsabschied, §. 48.

7) And. Mein. ist Gönner, II, 337. Dagegen Linde, a. a. O., S. 71 fg.

auf künstliche Weise geführt werden kann. Nur in Ansehung der Beweismittel ist zu gedenken, daß bei dem directen Gegenbeweise, wenn dieser auf natürliche Weise geführt werden soll, also das gerade Gegentheil des Beweissatzes enthält, der Gebrauch der Eideszuschiebung unzulässig ist, weil dann in der Beweisführung zugleich eine Art von Gewissensvertretung enthalten ist, welche den Producenten in seiner Eigenschaft als Reproducten von der Pflicht befreit, sich auf den zugeschobenen Eid einzulassen, da dieser ja unnöthig wird, wenn die Beweisführung gänzlich mislingen sollte, und andererseits unzulässig erscheint, sobald dieselbe ihren Zweck auch nur einigermaßen erfüllt. Dagegen ist es ohne Zweifel, daß bei einem indirecten Gegenbeweise der Eid ebenso gut wie jedes andere Beweismittel gebraucht werden kann, weil in diesem Fall von einer Gewissensvertretung nicht die Rede ist. — 4) Die Folgen eines directen Gegenbeweises, der wirklich durchgeführt worden ist, können aber besonders für den Gegenbeweisführer dadurch nachtheilig werden, daß sie oft gegen alle Erwartung desselben die Behauptung des Producenten unterstützen, weil sie denselben Thatumstand betreffen, der vom Producenten darzuthun war, und wegen der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel zu seinen Gunsten dann von ihm angeführt werden können, wenn es ihm etwa mit seiner Beweisführung nicht vollkommen gelungen wäre; daher denn diese Art des Gegenbeweises auch in den meisten Fällen nicht rathsam ist. Bei dem indirecten Gegenbeweise ist dies aber nie der Fall, da dieser mit der Beweisführung nie combinirt werden kann, und höchstens den Erfolg hat, daß die eigene Behauptung des Reproducenten unerwiesen bleibt. — 5) Endlich ist es in der Praxis keinem Zweifel unterworfen, daß von dem directen Gegenbeweise das Princip gilt: reprobationis non datur reprobatio [8]), d. h. der Producent, dem eine bestimmte Beweisfrist gesetzt war, kann nach angetretenem directen Gegenbeweise nicht noch mit einer neuen Beweisführung gehört werden, welche zunächst den Zweck haben soll, den directen Gegenbeweis zu widerlegen. Denn das wären in der That Nachträge zu der Beweisführung desselben, welche durch die Beweisfrist längst prä-

8) Cap. 49 X. de test. (2, 20). Bayer, a. a. O., S. 771 fg.

cludirt sind. Dagegen kann durch einen **indirecten** Gegenbeweis dem Reproducten die Befugniß nicht genommen werden, sich hiergegen durch einen directen Gegenbeweis zu vertheidigen, wofür ihm bis jetzt noch keine Frist bestimmt war. Und wenn man auch in der neuern Zeit diesen Gegenbeweis an dieselbe Frist gebunden hat, welche zum Beweise vorgeschrieben wird, so wird doch dem durch einen indirecten Gegenbeweis Angegriffenen die Befugniß nicht streitig gemacht, durch sogenannte **Elisivartikel** einem zu erwartenden Gegenbeweise schon jetzt im Voraus zu begegnen. Der Producent verbindet dann zugleich mit seiner Beweisantretung diese Art seiner Vertheidigung vermittelst eines Gegenbeweises, den er freilich früher unternimmt als er weiß, ob der Product seinerseits sich eines solchen Gegenbeweises überhaupt bedienen werde.

III. Wegen aller dieser wichtigen Unterschiede sollte man eigentlich den **indirecten Gegenbeweis** mit dem Namen des Gegenbeweises nicht bezeichnen, sondern ihn Beweis der Einrede u. s. w. nennen [9]), insofern nur zugleich noch der Grund der Klage erwiesen werden muß oder ein vorhergehender Thatumstand, welcher früher ins Licht zu setzen ist als diese Einreden, dergleichen Beweise überhaupt nöthig macht. Der Urtheilsstyl dagegen hält es entschieden fest, beide Arten der Beweisführung des Producten unter dem Gattungsbegriffe des Gegenbeweises zusammenzufassen; weshalb man sich hüten muß, diese Differenz als genügenden Grund anzusehen, um den im Beweisinterlocute vorbehaltenden Gegenbeweis lediglich auf den directen beschränken zu wollen.

§. 136.

β) Feierlicher Beweis und Bescheinigung auch anderer Arten.

I. (Zu II. des Comp.) Der auch in den deutschen Gesetzen [1]) vorkommende Ausdruck „**Bescheinigung**" [2]) wird in

---

9) Linde, Abhandl., S. 56 fg. Mittermaier, a. a. O., S. 348 fg. Bayer, a. a. O., S. 762 fg.

1) Jüngster Reichsabschied, §. 79. Reichsdeputationsabsch. von 1600, §. 84.

2) Gönner, Handbuch, IV, 71, §. 14; IV, 79, §. 14. Walch im

der Praxis als die Bezeichnung einer besondern Art von Beweisführung in denjenigen summarischen Proceßgattungen gebraucht, worin nur ein Provisorium gesucht, oder lediglich Vorbereitung zu einer Hauptsache getroffen, oder irgend ein weniger bedeutender Nebenpunkt erörtert werden soll. Es werden dieser Art summarischer Beweisführung in der Praxis namentlich folgende Eigenheiten zugeschrieben: 1) daß dieselbe an die Präclusivkraft der Beweisfrist nicht gebunden sei, indem eine Bescheinigung auch nach Ablauf derselben nachgeliefert werden könne; 2) daß nicht alle Beweismittel, namentlich nicht die Eideszuschiebung, zum Zwecke der Bescheinigung gebraucht werden dürften; 3) daß bei der Bescheinigung überhaupt nicht nur ein kürzeres Verfahren anzuwenden sei, namentlich mit Hintansetzung aller Feierlichkeiten, z. B. der Anfertigung eines Beweisrotuls über Abhörung der Zeugen, sondern daß sogar manche wesentliche Formen einer Beweisführung wegbleiben könnten, z. B. die Beeidigung der Zeugen, wenn auch die Parteien dieselbe nicht erlassen hätten, oder die Einbringung von Fragstücken, welche zur Vertheidigung des Producten gehören.

II. Von diesen Eigenheiten weiß das gemeine Recht nichts; denn es redet von den Bescheinigungen nur in solchen Fällen, wo eine völlige Civilgewißheit unnöthig schien, vielmehr eine bloße Wahrscheinlichkeit zu solchen richterlichen Schritten genügen sollte, die entweder wegen der Gefahr im Verzuge zu erlassen sind, oder nur vorbereitend für die Hauptsache erscheinen, oder endlich einen solchen Nebenpunkt betreffen, der auf die Hauptsache selbst keinen Einfluß äußert. Hieraus folgt dann in manchen Fällen von selbst, daß gewisse Arten der Beweisführung zu solchen Bescheinigungen nicht gebraucht werden können, weil dabei ein gemeinschaftliches Wirken beider Parteien erforderlich ist, gleichwol aber vom Gericht einseitig verfahren werden muß, wenn der Zweck des Provisoriums erreicht werden soll, wie sich

---

Magazin, I, §. 14, S. 109. Puchta in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, I, 293 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 194 a. E. Brauer, Archiv für civil. Praxis, XXV, 322. Schmid, Handbuch, II, §. 118, S. 114. Bayer, a. a. O., S. 774 fg. Wetzel, System, I, §. 29, S. 184 fg.

das bei den Arrestgesuchen, namentlich hinsichtlich der Eidesdelation, von selbst ergibt. Allein was auf diese Weise factisch ohne Weiteres klar ist, wenn man den vorgesetzten Zweck erreichen will, bildet kein Rechtsprincip für andere Fälle, wo das Verfahren wechselseitig, wenn auch summarisch ist, und wo daher die Zulassung des Eides kein Bedenken findet, z. B. bei den präparatorischen Editionsgesuchen. Noch weniger läßt sich behaupten, daß bei summarischen Bescheinigungen wesentliche Feierlichkeiten vernachlässigt werden dürften, oder daß es gestattet sei, den Producten in seiner Rechtsvertheidigung zu beschränken. Das Letztere würde namentlich gegen die Vorschriften des Kanonischen Rechts [3]) verstoßen, welches da, wo es vom summarischen Verfahren redet, ausdrücklich hinzusetzt, daß auch dabei die erforderliche Beweisführung nicht fehlen dürfe. Am wenigsten ist aber ein rechtlicher Grund dafür vorhanden, daß die gesetzlichen oder richterlichen Beweisfristen in Ansehung der Bescheinigungen ihre gewöhnliche Wirksamkeit nicht äußern sollten. Nach Alledem verliert dann aber jene Eintheilung für das gemeine Recht ihren hauptsächlichen Werth und kann nur durch Bestimmungen einzelner Landesgesetze gerechtfertigt werden.

III. (Zu III. des Comp.) Auch der Unterschied, welchen man zwischen Haupt- und Nebenbeweis [4]), insofern der Beweis die streitige Hauptfrage oder einen Incidentstreitpunkt betrifft, in der Praxis häufig macht, ist hiermit nach gemeinem Rechte im Wesentlichen schon widerlegt. Denn es läßt sich nicht nachweisen, daß über alle Incidentpunkte ein bloßer Nebenbeweis oder ein sogenanntes „Beibringen“, was eine Art der Bescheinigung sein soll, genüge, da schon oben (§. 32, S. 207 fg.) gezeigt worden ist, daß es Incidentpunkte gibt, welche für die Hauptsache von wesentlichem Einflusse sind, so z. B. die Legitimation zur Sache (§. 36, S. 234 fg.), so daß darüber ein ebenso vollständiger Beweis wie über die Hauptsache geführt werden muß. — Wäre aber auch ein solcher materieller Unter-

---

3) Clem. 2, de verb. signif. (5, 11). Non ita judex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitimae admittantur.

4) Gensler, Handbuch, I, 187, Note 140. Danz, Ordentlicher Proceß, §. 247.

schied zwischen Haupt- und Nebenbeweis, Beweisführung und Bescheinigung, so würde dennoch der gewöhnliche Satz, daß die Legitimation zur Sache nur einen Nebenbeweis erfordere, ebenso wenig Grund in den Gesetzen haben, als er frei von nachtheiligen Folgen wäre [5]). Unwahr ist es nämlich, daß die Legitimation zur Sache ein Incidentpunkt sei, da sie ein Theil der Hauptsache selbst ist, und nur neben dieser als deren Theil, nicht in einem separaten Präliminarbeweise, in Frage kommt. Unwahr ist aber auch, daß die Legitimation zur Sache im Ordinarprocesse nur einer Bescheinigung bedürfe. Denn aus dem Satze des Römischen Rechts: daß bei erhobener Negatorienklage zwar kein vollständiger Beweis des Eigenthums geführt zu werden brauche, vielmehr zur Activlegitimation des Klägers hinreiche, wenn gezeigt werde, daß die Erfordernisse einer Publicianischen Klage vorhanden seien, der Kläger sich in conditione usucapiendi befinde, folgt das keineswegs, weil hier nicht das Eigenthum der wahre Streitpunkt ist, und weil über die conditio usucapiendi ein ebenso vollständiger Beweis geführt werden muß, als er dann erfordert wird, wenn das Eigenthum die Hauptsache bildet. Es läßt sich deshalb von der Verschiedenheit des Beweissatzes kein Schluß auf die Verschiedenheit der Beweisführung ziehen.

IV. (Zu IV. des Comp.) Wichtiger ist allerdings der Unterschied zwischen einer schleunigen und langsamen [6]) Beweisführung, da in manchen Fällen auch die Gesetze einen schleunigen Beweis erfordern, der regelmäßig nicht nöthig ist. Nur ist leider unbestimmt gelassen, durch welche Gattung von Beweismitteln ein schleuniger Beweis geführt werden könne, so daß diese Frage nach allgemeinen Grundsätzen entschieden werden muß. — Ausgemacht ist es 1) daß Urkunden, welche öffentlich ausgestellt worden sind, zu den schnellen Beweismitteln gehören, weil sie schon durch ihre Vorlegung, auch ohne Gehör des Gegners, die richterliche Ueberzeugung begründen, zumal dergleichen

---

5) Gensler, Handbuch, I, 128 fg. Puchta im Rhein. Museum, I, 165 fg. Schmid, a. a. O., I, 182.

6) Mevius, III, dec. 319; VI, dec. 234; VIII, dec. 315. Gönner, Handbuch, II, 51. Gensler, Commentar, S. 241. Gottschalk, Discept. forens., I, cap. 38 (ed. 2). Bayer, a. a. O., S. 776.

Documente nicht einmal der Anerkennung Seiten des Gegners bedürfen. Der Product hat zwar hierbei allerdings auch die Befugniß, die Urkunden durch den Beweis geschehener Verfälschung zu entkräften, allein solange ein solcher Beweis noch nicht geliefert ist, hat die öffentliche Urkunde die Präsumtion für sich und begründet provisorisch Civilgewißheit. — In Ansehung bloßer Privaturkunden möchte das Nämliche kaum zu behaupten sein, da diese das Gericht nicht eher überzeugen, bis der Gegner die Echtheit derselben anerkannt hat; dies wird jedoch nicht selten verweigert und dann vermittelst eines Diffensionseides dem Documente alle Beweiskraft entzogen. Allein seitdem man den Executivproceß auch auf dergleichen Urkunden zu gründen gestattet hat (§. 250, II.), weil das Executivverfahren ein blos provisorisches ist, welches durch die Ausführung in separato in seinen Folgen wieder aufgehoben werden kann, hat man überhaupt von solchen Urkunden angenommen, daß sie zu den schleunigen Beweismitteln gehören. Auch hat dies wenigstens bei allen provisorischen Verfügungen jene Analogie für sich, und außerdem kommt dazu, daß nach Römischem Rechte [7]) auch diese Urkunden die Vermuthung der Echtheit für sich haben, sobald sie gegen die Aussteller beweisen sollen. — Dagegen ist es andererseits 2) unbestritten, daß alle Beweisführungen durch Zeugen und Sachverständige, welche erst noch abgehört werden sollen, zu den langsamen Beweisführungen gehören, weil theils über die Zulässigkeit beider so manche Zweifel vorkommen, theils bei ihrem Verhöre wichtige und zeitraubende Formalitäten zu beobachten sind, theils der Werth ihrer Aussage sich im Voraus nicht berechnen läßt. — In einigen summarischen Proceßarten ist es jedoch zulässig, daß eine Partei die Zeugen außergerichtlich abhören lasse, entweder vor einem Notar oder vor einem andern Gericht als dem, wo der Proceß geführt wird, und daß alsdann über die Aussagen solcher Zeugen eine öffentliche Urkunde ausgefertigt werde, welche demnächst dem Richter der Hauptsache vorgelegt wird, z. B. im jüngsten Besitzproceß. Ferner ist in manchen Ländern gewissen Kunstverständigen die Qualität öffent-

---

7) L. 14 i. f. C. de contr. et committ. stipul. (8, 38). Nov. 18, cap. 8. Nov. 49, cap. 3, pr.

licher Beamten beigelegt, so daß dieselben befugt sind, in ihren Amtsgeschäften öffentliche Urkunden unter öffentlichem Siegel auszustellen, z. B. die Physicatspersonen. In beiden Fällen leidet es keinen Zweifel, daß die Zeugnisse über die Aussagen der abgehörten Privatzeugen und die Zeugnisse solcher Kunstverständigen ebenso wie andere öffentliche Urkunden eine schleunige Beweisführung oder wenigstens Bescheinigung bilden können. — 3) Die Einnahme des Augenscheins von Seiten des Richters der Hauptsache wird gewiß dann zu den schleunigen Beweisen gehören, wenn das zu besichtigende Object sich bei den Acten befindet und über dessen Identität kein Streit sein kann, weil dann nur noch von einer richterlichen Thätigkeit die Frage ist. Sobald dagegen die Parteien über die zu besichtigende Sache oder die dabei in Frage kommenden Merkmale erst noch gehört werden müßten, ehe der Augenschein eingenommen werden kann, dann gehört auch dieses Beweismittel zu den langsamen. — 4) Die Eideszuschiebung scheint zwar als ein schleuniges Beweismittel betrachtet werden zu können, weil, wenn beide Parteien darüber einig sind, von wem und worüber geschworen werden soll, alsdann nur die Ableistung des Eides nöthig ist, um das Gericht zu überzeugen, diese Ableistung selbst aber keinen großen Aufschub veranlaßt. Allein da auf die bloße Eideszuschiebung erst eine Erklärung des Gegners erfolgen muß, diese aber nicht nur dreifacher Art sein, sondern wol gar das Bestreiten der Zulässigkeit des Eides enthalten kann, so gilt die Eidesdelation um so weniger für ein schnelles Beweismittel, weil sie zunächst dahin gerichtet werden muß, daß der Gegner, der Delat, die Unwahrheit Dessen beschwören solle, was vom Beweisführer darzuthun ist, folglich durch diese Delation nichts dargethan, vielmehr etwas widerlegt wird, wenn der Delat den Eid annimmt und ableistet. Dazu kommt noch, daß der Delat es in seiner Willkür hat, sich zunächst der Gewissensvertretung zu bedienen und bis nach deren Beendigung seine Erklärung über den Eid zu suspendiren (§. 226). Ihm dieses Recht in irgend einem Falle zu entziehen, dazu fehlt es an allen Gründen. Ist aber dem Delaten diese Art der Wahl gestattet, so verliert dadurch die Eidesdelation ihre Schnelligkeit von selbst. Nicht weniger steht auch entgegen, daß die Eidesdelation in keiner

Proceßart zulässig ist, wo auf einseitige Anträge schleuniges Verfahren stattfindet, z. B. im unbedingten Mandatsprocesse. Im Allgemeinen kann daher die Eidesdelation nur als ein langsames Beweismittel betrachtet werden. — 5) Aus Alledem muß endlich auch beurtheilt werden, inwiefern außergerichtlich abgelegte Geständnisse oder Rechtsvermuthungen zu den schnellen Beweismitteln zu rechnen sind. Denn das hängt von der Art und Weise ab, wie bei den letztern die Prämissen, bei den erstern die Existenz eines solchen Geständnisses dargethan wird.

V. (Zu V. des Comp.) Der Begriff ordentliche Beweisführung und bezüglich außerordentliche bezieht sich lediglich auf den Zeitpunkt, wann in einem Rechtsstreite Beweis angetreten und geführt wird. Geschieht dies nämlich zu derjenigen Zeit, welche durch das Gesetz oder durch richterliches Erkenntniß vorgeschrieben und welche im einzelnen Falle unbestritten eingetreten ist, so heißt das der ordentliche Beweis. Im Ordinarproceß ist daher derjenige Beweis der ordentliche, welcher nach Eintritt der Rechtskraft des Beweisinterlocuts geführt wird. Im summarischen Processe dagegen muß der Beweis sehr häufig schon bei Einreichung der Klage oder bei dem Vortrage der Einreden geführt werden, und ist insofern ebenfalls ein ordentlicher. Außerordentlich dagegen heißt diejenige Beweisführung, welche entweder vor Anfang des Rechtsstreits oder doch früher unternommen wird, als für diejenige Partei, welcher die Beweisführung zur Last fällt, der Termin dazu bestimmt war. Das Erstere gilt namentlich von dem Beweise zum ewigen Gedächtniß [8]), das Letztere von dem anticipirten [9]) Beweise, welcher, wenn auch keine Gefahr vorhanden ist, die Beweismittel zu verlieren, in jeder Lage des Processes aus freier Willkür so lange geführt werden kann, als die Obliegenheit ihn zu führen noch nicht entschieden ist. Endlich gibt es aber noch Ausnahmsfälle,

8) Heffter, Civilproceß, S. 526 fg. Gesterding, Nachforschungen, II, 329 Linde, Abhandlung, II, 1—63. Bayer, a. a. O., S. 778.

9) Gönner, a. a. O., II, 40. Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, I, 120 fg., 181 fg. Puchta, Beiträge, I, 348. Linde, Abhandl., II, 64 fg. Schmid, Handbuch, II, 154 fg.

wo nach völlig beendigter Beweisinstanz und wol gar nach erfolgtem Endurtheile noch eine Beweisführung zugelassen werden muß, um die in den Acten liegenden Beweise zu entkräften (§. 186, V.). Diese Ausnahmen gehören offenbar zu den außerordentlichsten Beweisführungen, die nur in den seltensten Fällen vorkommen.

VI. (Zu VI. des Comp.) Was zuletzt die Eintheilung der Beweisführung in eine vollständige und unvollständige[10]) betrifft, so bezieht man diese theils auf deren Umfang in Ansehung des Beweisthemas, theils auf den Erfolg der Beweisführung selbst. Eigentlich sollte man in erster Beziehung diesen Unterschied nicht machen, denn so oft der Beweissatz aus mehren getrennten Thatsachen besteht, welche alle neben einander copulativ erwiesen werden müssen, so wäre jede Beweisführung, die nicht auf alle diese getrennten Thatsachen gerichtet wäre, der es also an extensiver Vollständigkeit fehlte, mangelhaft, und müßte nach Ablauf der Beweisfrist als irrelevant sofort von Amtswegen zurückgewiesen werden. Insofern sagten daher die ältern Juristen mit Recht, die Beweisführung ist untheilbar. Anders verhält es sich mit der intensiven Unvollständigkeit einer Beweisführung, welche darin besteht, daß nicht sowol eine civilrechtliche Gewißheit als eine bloße Wahrscheinlichkeit entweder für alle Theile des Beweissatzes oder doch für einige desselben herbeigeschafft worden ist. Dergleichen Unvollständigkeit entsteht ohne allen Vorwurf für den Producenten, bald durch die fehlerhaften Schritte des Gerichts bei der Aufnahme des Beweises, bald durch den Inhalt der angewendeten Beweismittel. Daher kann diese Unvollständigkeit, solange die Beweisfrist noch nicht abgelaufen ist, durch ein Interlocut auf Nachholung des Versäumten beseitigt werden, oder, insofern dem Gerichte die Schuld beizumessen ist, durch Verbesserung der fehlerhaften gerichtlichen Handlung. Wenn es aber nur an dem Inhalte der gehörig benutzten Beweismittel fehlt, dann ist dies die Veranlassung zur Auferlegung eines Erfüllungs- oder Reinigungseides, so daß diese Unvollständigkeit

---

10) Schneider, Vom rechtlichen Beweise, §. 11, 54. Walch, Magazin, I, 109. Gönner, a. a. O., II, 37, §. 24 fg. Puchta, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, I, 293 fg.

der Beweisführung nicht absolut schadet. Da aber den Parteien sehr daran gelegen sein muß, daß diejenige Art eine solche Unvollständigkeit zu beseitigen im einzelnen Falle angewendet werde, welche der Partei am günstigsten ist, so wird am Schlusse jeder Beweisführung ein sogenanntes Hauptverfahren veranstaltet, worin beide Parteien durch schriftliche Ausführungen das Resultat der einzelnen Beweisführung zu entwickeln und jede für sich als möglichst günstig ausgefallen darzustellen suchen. Der Producent bestrebt sich dann darzuthun, daß er vollständig bewiesen habe und höchstens ein Suppletorium nöthig sei; der Product dagegen: daß nichts bewiesen sei, im schlimmsten Falle der Reinigungseid ihm zuerkannt werden müsse. Mit diesen Ausführungen endigt dann von Seiten der Parteien der vorbereitende Proceßtheil.

§. 136^a.

c) Beendigung des vorbereitenden Proceßtheils.

Von §. 125 an ist die Zusammensetzung des Proceßgebäudes in seinem unentbehrlichen ersten Geschosse, dem vorbereitenden Theile, aus bekannten Materialien, namentlich der Beweisführung, gezeigt und nun beendigt. Den Schlußstein bildet dasjenige Erkenntniß, welches sich über den Erfolg der Beweisführung ausspricht, und dabei sowol den individuellen Werth der angewendeten Beweismittel und der durch dieselben erlangten Beweisgründe, als auch das Verhältniß der mehren Beweisgründe, welche im einzelnen Falle etwa cumulirt worden sind, und bald mit einander übereinstimmen, bald collidiren, erwägen, daraus aber die Folgen für die Entscheidung des ganzen Rechtsstreits herleiten muß. Dieses Erkenntniß wird dann aber, je nach dem Grade, in welchem die Vollständigkeit der Beweisführung in den Acten vorliegt, bedingt oder unbedingt lauten. Im erstern Falle muß es aber erst purificirt, und zu dem Ende ebensowol alsdann, wenn es unbedingt ertheilt ist, erst rechtskräftig geworden sein, ehe die Vollziehung desselben vom Gericht zu erlangen und zu bewirken ist. — Zu unterscheiden ist davon noch der Fall, wenn der Rechtsstreit gleich nach feststehender Streitfrage, weil die Unstatthaftigkeit der Ansprüche erhellt oder weil genügende Beweisgründe vorhanden sind, durch

ein richterliches Erkenntniß beendigt wird, mithin das ganze Beweisverfahren unterbleibt und der vorbereitende Theil des Rechtsstreits bereits mit Einreichung der Wechselschriften schließt. Allein auch in diesem Falle kann die Vollziehung der Rechtshülfe erst nach Eintritt der Rechtskraft erfolgen, welche jedoch dadurch, daß sich eine Partei eines Rechtsmittels gegen das Erkenntniß bedient, hinausgeschoben werden kann.

§. 137.

B. Von der Instanz der Rechtsmittel[1]).

I. Nach Beendigung des vorbereitenden Proceßtheils muß nun dem Sieger der Hauptzweck, die Execution, gewährt werden, jedoch erst, wenn die zulässigen Rechtsmittel erschöpft sind, da in der Regel keine Partei schuldig ist, sich bei dem ersten Urtheile sogleich zu beruhigen. Wenn daher der Verurtheilte sich eines Rechtsmittels gegen das Enderkenntniß bedient, so bildet dieses einen zufälligen successiven Abschnitt, welcher nach und nach in mehren Instanzen wegen einer und derselben Beschwerde wiederholt werden kann, bis die Zahl der Rechtsmittel erschöpft oder sonst Rechtskraft eingetreten ist. Das Römische Recht[2]) gestattet nun allerdings erst nach gefälltem Endurtheile das Rechtsmittel der Appellation, und zwar zugleich als das einzige Rechtsmittel, welches es überhaupt zuläßt; das Kanonische Recht[3]) hat da-

---

1) Gönner, Handbuch, III. Mittermaier, Der gemeine deutsche Proceß im Vergleiche, III, 1—117. v. Linde, Handbuch der Rechtsmittel rc., I u. II, oder Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses, Bd. 4, 5. Schmid, Handbuch, III, §. 255 fg., S. 360 fg. Bayer, Civilproceß (8. Aufl.), S. 1005 fg.

2) L. 36 C. de appell. (7, 62). Oportet post omnem litem finitam appellationem reddi (neque enim laeditur quis, si interea facta fuerit interlocutio, quae illi denegat jus competens id est vel testium productionem vel praelectionem instrumenti, potest enim in appellatione omnia persequi), ne contra interlocutionem, in media lite data appellatione, mora injiciatur. Ueber das Röm. Recht: Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 167 fg. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, §. 32 fg., S. 347 fg. Keller, Röm. Civilproceß, S. 349 fg.

3) Cap. 5, 12 X. de appell. (2, 28).

gegen hierin insofern eine Abänderung eintreten lassen, als es schon früher und namentlich gegen jedes proceßleitende Decret, wodurch eine Partei in ihren Rechten verletzt zu sein glaubt, die Einwendung einer Appellation zuläßt, welche alsdann nur mit dem eigenen Namen provocatio ad causam oder appellatio extrajudicialis eingeführt worden ist. Dieses ist dann von den deutschen Reichsgesetzen [4]) im Ganzen beibehalten, so daß die Rechtsmittel nicht blos einen successiven Incidentstreit, sondern häufig auch eine Unterbrechung des regelmäßigen Proceßlaufs und dann einen Incidentstreit bilden, der in jeder Situation des Processes vorkommen kann und öfters in dem nämlichen Rechtsstreite wiederholt vorkommt.

II. Die Art und Weise, wie ein gegen eine richterliche Verfügung ergriffenes Rechtsmittel zu behandeln ist, besteht im Ganzen genommen aus den nämlichen Schritten und Abschnitten, welche den Rechtsstreit der ersten Instanz ausmachen, und nur auf das eigenthümliche Object dieses Incidentstreits angewendet werden müssen, womit es das Rechtsmittel allein zu thun hat, nämlich auf die Beschwerde oder die mehren Beschwerden, welche der Appellant vom vorigen Richter erlitten zu haben behauptet. Die Erörterung hierüber wird bald bei dem vorigen Richter instruirt und nur von einem neuen Gerichte entschieden, bald aber auch, je nach Verschiedenheit der Landesverfassung, bei dem erkennenden Richter zugleich instruirt. Diese Verschiedenheit im Verfahren bildet aber keinen wesentlichen Unterschied in der Sache selbst.

III. Bei dieser neuen Verhandlung über die aufgestellten Beschwerden ist als a b s o l u t w e s e n t l i c h e r Proceßschritt nur eine zeitige und gehörige E i n w e n d u n g des Rechtsmittels zu betrachten. Es ist dies der erste Schritt, gleichsam die Klage, mit welcher der Incidentstreit eröffnet wird, weshalb denn nach den neuesten Landesgesetzen hier die Beschwerden aufgezählt werden müssen, die man in diesem Verfahren aus einander setzen will. Auf diese Einwendung des Rechtsmittels muß dann von dem

---

4) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 29, §. 3, 4; Th. 3, Tit. 31, §. 11. Reichsabschied von 1570, §. 91. Reichsabschied von 1600, §. 113. Jüngster Reichsabschied, 58, 70.

bisher in der Sache erkennenden Gerichte eine Verfügung erfolgen, durch welche dieses entweder dem Rechtsmittel stattgibt, und die dadurch für die Hauptsache entstehenden Folgen, z. B. Aufschiebung der weitern Verhandlungen, ausspricht, oder dasselbe, wenn hinreichende Gründe vorhanden sind, es für unzulässig zu halten, sofort abschlägt. — Als bedingt wesentlich sind hingegen unter der Voraussetzung, daß das Rechtsmittel fortgesetzt wird, und nicht für aufgehoben, desert, erachtet werden kann, theils die weitere Ausführung der Beschwerden (justificatio remedii), wobei, falls es nicht bereits geschehen, jetzt wenigstens die Beschwerden unter Hinzufügung der Gründe, durch welche sie gerechtfertigt werden, aufgezählt werden müssen, und woran sich dann das Petitum anzureihen hat; theils eine nochmalige Prüfung der bisherigen Verhandlung, soweit das die Beschwerden nöthig machen, durch ein Gericht, deren Resultat dann in einem Erkenntnisse niederzulegen ist. — In der Regel sollte nun vor Fällung dieses neuen Erkenntnisses der Gegner Dessen, welcher das Rechtsmittel ergriffen hat, über dessen Rechtfertigung gehört werden, um sich gegen eine mögliche Abänderung vertheidigen zu können, wodurch dann hier ein Wechselverfahren entstehen würde, welches dem in erster Instanz ähnlich ist. Allein da sehr häufig die aufgestellten Beschwerden sich aus den bisherigen Acten widerlegen, so wird diese Weitläufigkeit nicht immer veranlaßt, sondern ohne vorheriges Gehör des Gegners confirmatorisch erkannt. Sollten übrigens bei der Verhandlung über die Beschwerden neue erhebliche factische Behauptungen vorkommen, welche noch nicht präcludirt sind, so kann das Erkenntniß über das Rechtsmittel (der sogenannte Relevanzbescheid) dasselbe nicht gleich definitiv erledigen, sondern es muß hier, wie in der ersten Instanz, auf Beweis interloquirt und erst nach beendigter Beweisinstanz kann alsdann das Resultat über den Werth und Erfolg des Rechtsmittels ausgesprochen werden.

IV. Unter den Wirkungen der Rechtsmittel ist besonders wichtig der sogenannte Suspensiveffect [5]), d. h. der Erfolg, daß nicht nur die Rechtskraft des angefochtenen frühern Erkennt-

---

5) Gönner, Handb., III, 57, §. 10. Heffter, Civilproceß, S. 444. Linde, Handbuch der Rechtsmittel, I, §. 178 fg.

nisses, soweit dagegen Beschwerden aufgestellt worden sind, sondern auch die Fortsetzung der ganzen Hauptsache, soweit sie mit dem Rechtsmittel zusammenhängt, bis dahin ausgesetzt bleiben muß, wo über das Rechtsmittel definitiv erkannt sein und diese Difinitive die Rechtskraft beschritten haben wird.

§. 138.

C. Von der Executionsinstanz.

I. Ist im einzelnen Falle die gerichtliche Execution [1]) des in einem Rechtsstreite rechtskräftig ertheilten Endurtheils nothwendig geworden, so weiß der Staat alsdann officiell und auf gesetzlichem Wege nicht allein, wer von den Parteien Recht hat und wie viel geschuldet wird, sondern ist nunmehr auch verpflichtet, das so feststehende Recht nöthigenfalls zu realisiren, den Ungerechten zu zwingen, gerecht zu handeln, dem Unvermögenden den Weg zu zeigen, wie er seine Schuld tilge. Die Mittel aber, durch welche die deutschen Gerichte die Obliegenheiten des Staats erfüllen, sind nicht beliebig, sondern theils an sich, theils auch in der Art ihrer Anwendung nach Verschiedenheit des zu erlangenden Gehorsams und der Befriedigung des Gläubigers in den Gesetzen regulirt. Der ganze Abschnitt des Verfahrens, welchen die Execution bildet, hat zwar in der Regel und eigentlich nur die Beschaffenheit eines Contumacialverfahrens, bei welchem als absolut wesentlich zu betrachten ist, daß die siegende Partei mit einem Antrage auf Executionsverfügung den Anfang mache; allein nur selten ist Alles schon so klar, daß nicht eine

---

1) Kammergerichtsordnung von 1521, Tit. 31; von 1555, Th. 3, Tit. 48. Jüngster Reichsabschied, §. 15, 159—164. Ueber das römische Verfahren Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 45 fg., 76 fg., 138, 153. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, §. 28 fg. Keller, Röm. Civilproceß, II, §. 82 fg. v. Savigny, Altrömisches Schuldrecht (Berlin 1834). Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung, II, 84 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 245 fg. Archiv für civil. Praxis, XIII, 432; XIV, 84, 110, 248; das. S. 136. — Schmid, Handbuch, III, 336 fg. Bayer, Civilproceß (8. Aufl.), S. 1107 fg.

Festsetzung in quali und quanto dienlich oder nothwendig wäre, ehe zur Anwendung von Zwangsmitteln gegen den Verurtheilten geschritten werden kann. Denn es gibt beinahe in allen Rechtssachen noch einzelne Objecte der Verurtheilung, deren Umfang nicht ganz genau im Endurtheile bestimmt sein kann und doch erst bestimmt werden muß, ehe man dem Verurtheilten einen Ungehorsam zur Last legen darf[2]). Es tritt dies nicht allein da ein, wo es sich um Erstattung von Proceßkosten, von Früchten und von Entschädigungen handelt, sondern auch bei den sogenannten Universal- und Generalklagen, weil bei diesen, gegen die Regel, blos die quaestio an bis zum Endurtheile verhandelt, ohne daß nach der Eventualmaxime auch zugleich das quid quale quantum erörtert werden kann.

II. Daher gilt auch in der Executionsinstanz die Regel: „wo kein Kläger ist, da auch kein Richter"; und es beginnt dieselbe häufig und namentlich bei persönlichen Forderungen mit einer vom Sieger aufgestellten Berechnung der Schuldsumme (constitutio liquidi), welche bei Gericht überreicht wird. Ist diese nun aus den bisherigen Acten in jeder Beziehung liquid und nur eine Controle darüber, daß die Berechnung richtig sei, erforderlich, dann bedarf es keines Gehörs des Verurtheilten, sondern das Gericht vergleicht die Berechnung mit den Acten, rectificirt sie und erläßt darauf einen Zahlungsbefehl unter Androhung der Execution. Bleibt dieser Befehl unbefolgt, dann findet auf weitern Antrag des Siegers die wirkliche Executionsvollziehung behufs der Befriedigung desselben unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften statt, bis entweder der Sieger befriedigt oder im einzelnen Falle unübersteigliche Hindernisse der Hülfsvollstreckung entgegengetreten sind, z. B. wenn der Concurs über das Vermögen des Verurtheilten ausbricht. — Sollte dagegen die eingereichte Schuldberechnung nicht alsbald aus den Acten liquid sein, sondern auf Thatsachen beruhen, worüber bis jetzt noch keine Gewißheit vorliegt, dann muß der Verurtheilte über dieselben erst schriftlich oder mündlich, jedoch nur summarisch, gehört werden. Bestreitet er aber die Richtigkeit der

---

2) L. 99 D. de reg. jur. (50, 17). Non potest improbus videri, qui ignorat, quantum solvere debeat.

relevanten Thatsachen, so tritt darüber erst ein präparatorisches Verfahren ein, in welchem nach festgesetzter Streitfrage auf Beweis und Gegenbeweis erkannt und nach geführtem Beweise das quid quale quantum definitiv festgesetzt wird. Selbstverständlich sind auch gegen diese Erkenntnisse Rechtsmittel nicht ausgeschlossen, so daß erst nach eingetretener Rechtskraft die Execution wirklich vollzogen werden kann. — Diesen Abschnitt des Verfahrens nennt man die Liquidationsinstanz, und rechnet sie zu den Accidentialien eines Rechtsstreits, welche gewöhnlich summarisch behandelt werden. Oft ist zur Vermeidung des dadurch entstehenden Aufschubs eine Trennung des Liquiden vom Illiquiden thunlich und empfehlenswerth. Es wird dann bei dem Gerichte der Antrag auf Vollziehung der Execution in Ansehung Desjenigen, was nach den frühern Erkenntnissen genügend bestimmt ist und keine weitern Ausflüchte des Schuldners zuläßt, von dem Sieger gestellt und die Execution vom Gerichte wirklich vollzogen, während im Uebrigen das Liquidationsverfahren gleichzeitig verhandelt wird.

§. 139.

II. Einfluß der Verfahrungsart auf den Zusammenhang der Proceßhandlungen. Daher

a) **von den Eintheilungen der Proceßart.**

I. Der Plan des Proceßgebäudes mit seinen Hauptabtheilungen ist nun im Allgemeinen angegeben; er leidet aber nach den eigenthümlichen Zwecken und Mitteln oder Objecten des einzelnen Falles besondere Modificationen. Denn ist der Zweck definitive Regulirung des streitigen Rechtsverhältnisses, das Object aber ein wichtiges, worin auch kein Grund zur abgekürzten und beschleunigten Behandlung liegt, so entsteht daraus der ordentliche Proceß. Wenn dagegen einestheils zwar auch eine definitive Regulirung des Rechtsstreits bezweckt wird, das Object aber minder wichtig oder besonders privilegirt, oder die Beschleunigung der Sache von besonderm Interesse für die Parteien ist, seien es beide oder auch nur eine derselben, oder anderntheils nur eine provisorische Auseinandersetzung der Streittheile in der

Absicht liegt, so ist von einem summarischen [1]) Proceßverfahren die Rede. (§. 17, II., S. 140 fg.) Um aber den Hauptzweck dieses Proceßverfahrens, die Abkürzung [2]) der Instruction des Rechtsstreits, zu erreichen, sind theils gewisse Vertheidigungsmittel für ausgeschlossen erklärt, theils ist die gleichzeitige Verbindung des ersten mit dem Beweisverfahren angeordnet, die Executionsinstanz dagegen aber ist bei allen Arten des Proceßverfahrens, mit alleiniger Ausnahme des Concursprocesses, in gleicher Weise geordnet. Von dem ordentlichen Proceßverfahren muß man dann aber noch das außerordentliche [3]) unterscheiden, insofern darin zwar eine Abweichung von dem ordentlichen Verfahren stattfindet, dadurch aber das Verfahren in eine der summarischen Behandlungsarten nicht umgeleitet wird; dahin gehört der Concursproceß. Es liegt daher zwischen dem außerordentlichen und dem summarischen Verfahren noch ein Unterschied, und es ist nicht zu billigen, wenn die Bezeichnungen: summarischer und außerordentlicher Proceß als gleich bedeutend gebraucht werden [4]). — Uebrigens können in einem ordentlichen Proceßverfahren einzelne Gegenstände der Erörterung summarisch behandelt werden, so daß derselbe Rechtsstreit zum Theil nach den Regeln des ordentlichen, zum Theil nach den Regeln des summarischen Processes behandelt wird.

II. Wenn man sodann aber behauptet, es gebe auch ein conventionelles Proceßverfahren, welches darin seinen Grund finde, daß die Parteien nach ihrem Gutdünken durch Verei-

---

1) Clem. 2 i. f. de V. S. (5, 11) — simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura judicii. Peinliche Gerichtsordnung, Art. 12, „summarisch, ohne Zierlichkeit des rechtlichen Processes". Gönner, II, 29; IV, 70. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis, VII, 369 fg.; VIII, 107 fg. Mühlenbruch, Entwurf, §. 427. Bayer, Theorie der summarischen Processe, §. 1. Es ist kein genügender Grund vorhanden, diesen Ausdruck ganz zu verwerfen mit Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, VII, 390, 393.

2) And. Mein.: Mittermaier, Der deutsche gemeine bürgerliche Proceß (2. Ausg.); Beiträge, IV, 24 fg. Dagegen: Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, 278 fg.

3) Cap. 11 X. de probat. (2, 19). Bayer, a. a. O. Schmid, Handbuch, III, 1 fg.

4) v. Linde, Lehrbuch des Civilprocesses, §. 323.

nigung das gesetzlich normirte Gerichtsverfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten abändern und modificiren könnten, so ist bereits oben (§. 11, II., S. 87 fg.) gezeigt worden, daß diese Behauptung in solcher Ausdehnung unbegründet sei. Jedoch ist damit nicht in Abrede gestellt worden, daß auf einzelne Handlungen des gesetzlichen Proceßverfahrens, sowie auf die Wahl zwischen mehren für den einzelnen Fall zulässigen Proceßarten die Willkür der Parteien Einfluß haben könne.

§. 140.

b) Gebrauch der verschiedenen Proceßarten.

I. Es leidet zwar keinen gegründeten Zweifel, daß das gerichtliche Civilverfahren, das ordentliche wie das summarische, nur nach dem Inhalte der Gesetze des Landes sich richten müsse, wo der einzelne Rechtsstreit geführt wird, und auch daß keine fremde summarische Proceßart selbst beim Einverständniß der Parteien und des Gerichts angewendet werden dürfe, wenn dieselbe für das Gericht, bei welchem das Verfahren stattfindet, gesetzliche Geltung nicht hat. Allein damit ist die Frage noch nicht entschieden: ob ein einzelner Rechtsstreit aus individueller Veranlassung in einer andern, wenn nur für dieses Land im Allgemeinen auch legalen inländischen Proceßart verhandelt werden dürfe, als in derjenigen, wozu er nach allgemeinen gesetzlichen Regeln seiner Natur nach geeignet ist. Soll die Veranlassung hierzu durch eine landesherrliche, auf den einzelnen Fall beschränkte Vorschrift oder durch eine Anordnung des Richters, welche gegen den ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen einer oder beider Parteien verstößt, gegeben werden, so würde erstern Falles, wenigstens in Deutschland, eine unerlaubte Cabinetsjustiz, letztern Falles aber eine Verletzung des für den gemeinen deutschen Civilproceß geltenden Verhandlungsprincips vorliegen [1]).

---

1) And. Mein. Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens, §. 225. v. Linde, Lehrbuch, §. 328, 5. Dagegen Archiv für civil. Praxis, VIII, 112. — Vergl. auch Schmid, Handbuch, III, 12. Bayer, Summarischer Proceß, §. 48.

Zwar enthält das Römische[2]) und Kanonische Recht mehre Beispiele, wo durch Rescripte des Kaisers, bezüglich Papstes derartige Anordnungen im einzelnen Fall insofern getroffen worden sind, als die summarische Proceßart an die Stelle der ordentlichen gesetzt wurde; allein in Deutschland hat dies niemals Anerkennung gefunden. Richterliche dergleichen Verfügungen dagegen würden Rechtsmittel und namentlich leicht Confusionen der einzelnen Sache veranlassen.

II. Wenn hingegen nur die eigene Wahl der Parteien oder auch nur einer derselben, die dabei allein interessirt wäre und ihren Willen ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben hätte, die Veranlassung dazu abgeben soll, einen Rechtsstreit in einer andern Proceßart zu verhandeln, als zu welcher er nach seiner Beschaffenheit gehört, so muß man folgende Fälle unterscheiden: 1) Wird der einzelne Proceß, welcher für das summarische Verfahren wirklich geeignet ist, im Wege des ordentlichen Processes eingeleitet, so ist das in der Regel[3]) vollkommen zulässig und als ein Verzicht der Parteien auf die günstigere Proceßart zu betrachten. Es gibt jedoch von dieser Regel Ausnahmen, bei denen selbst unter Zustimmung beider Parteien eine solche Umwandlung der Proceßart nicht gestattet wird; und dies tritt dann ein, wenn der summarische Proceß aus Gründen des öffentlichen Wohls für Fälle der Art vorgeschrieben ist. Vorgeschrieben[4]) ist aber das summarische Proceßverfahren:

a) bei Sachen, wobei Gefahr für die öffentliche Ruhe vorhanden ist,
b) bei allen Ehesachen nach Kanonischem Rechte,
c) bei Baustreitigkeiten, worunter man diejenigen zu verstehen hat, bei welchen über das Recht und die Pflicht,

---

2) Nov. 113, cap. 1, 2. — Vergl. oben §. 9, V, S. 61; VIII, S. 65 fg. Gönner, I, 1, §. 8. Archiv für civil. Praxis, VIII, 109.

3) Clem. 2, de V. S. (5, 11).

4) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 8, 9, 21. Clem. 2, de judic. (2, 1). L. 12, §. 7, C. de aedific. priv. (8, 10) — nicht glossirt. Grolmann, a. a. O., §. 221 fg. Gönner, IV, 70, §. 9.

einen angefangenen Bau fortzusetzen oder eine Reparatur zu unternehmen, gestritten wird,

d) bei allen Concursprocessen.

In allen solchen Ausnahmsfällen wird auch gegen den Willen der Parteien das summarische Verfahren eingeleitet. — Soll dagegen 2) eine Ordinarsache summarisch behandelt werden, ohne dazu qualificirt zu sein, so kann das im unbestimmt summarischen Processe, sobald die ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft beider Theile vorhanden ist, allerdings geschehen. Denn nur diese Proceßart würde dem ordentlichen Proceß substituirt werden können, weil sie in Ansehung der Form kein eigenthümliches Erforderniß hat, sondern nur Weitläufigkeiten abschneidet, welche im ordentlichen Processe zu beobachten sind, allein lediglich den Nutzen der Parteien bezwecken und in diesem summarischen Verfahren eine gesonderte Ausführung nicht übrig gelassen wird, folglich eine Vermehrung der Zahl der Processe nicht zu befürchten ist. Dahingegen ist es unzulässig, eine Ordinarsache in Folge der Uebereinstimmung beider Parteien in einer solchen summarischen Proceßart zu verhandeln, welche nur zur provisorischen Entscheidung führen würde, weil auf diese Weise die Zahl der Rechtsstreitigkeiten vermehrt werden, dies aber dem gemeinen Wohl zuwiderlaufen würde und deshalb nicht geduldet werden kann. — Wenn endlich aber eine solche summarische Proceßart statt des Ordinarprocesses gewählt wird, welche allerdings die Streitfrage definitiv regulirt, jedoch besondere Voraussetzungen hat, so wird doch deren Anwendung da nicht ohne Verwirrung geschehen können, wo die eigenthümlichen Voraussetzungen dieser Proceßart fehlen, z. B. wenn ein mandatum sine clausula ohne die nöthigen Beweise angewendet werden sollte. — Soll endlich 3) ein summarischer Rechtsstreit zwar summarisch, jedoch in einer andern summarischen Proceßart behandelt werden, als wofür er sich eignet, z. B. eine nur unbestimmt summarische Sache im Wechsel- oder Executivprocesse, so könnte zwar an dem Vorhandensein einer Nullität, sobald die Sache ohne eine Rüge der Parteien so zu Ende verhandelt worden ist, mit Recht gezweifelt werden, wenn nur an den absolut wesentlichen Bestandtheilen der gewählten Proceßart nichts fehlt, weil im Uebrigen durch die Zustimmung der Parteien der Fehler wol

geheilt ist; allein den Richter wird man nicht hindern können, diejenigen Fehler von Amtswegen zu rügen, welche in einem solchen Processe vorkommen, und die er gleich bei Instruction der Sache wahrnehmen würde, weil durch eine solche Behandlung der Sache Verwirrungen entstehen müssen, welche zu verhüten der Richter von Amtswegen verpflichtet ist.

§. 141.

III. Anordnung des jetzt folgenden Specialtheils.

Die Gründe für die Anordnung der Darstellung des nun folgenden Specialtheils sind im Compendium angegeben, es mag daher hier nur eine Uebersicht dieser Anordnung Platz finden:

I. Proceß außer dem Concurse der Gläubiger §. 142—320.
- A. Haupthandlungen des Processes . . . . §. 142—296.
  - 1) des vorbereitenden Theils . . . . §. 142—260.
    - a) im ordentlichen Processe . . . §. 142—235.
      - α) erstes Verfahren . . . . . §. 142—178.
      - β) Beweisverfahren . . . . . §. 179—235.
    - b) im summarischen Processe . . §. 236—260.
  - 2) der Execution . . . . §. 261—273.
  - 3) der Rechtsmittel . . . . §. 274—296.
- B. Zwischenhandlungen . . . . §. 297—320.

II. Im Concurse der Gläubiger . . . . §. 321—336.

Dritte Hauptabtheilung.

Von der Rechtsverfolgung selbst.

Zweiter Abschnitt.

Insbesondere von dem Verfahren außer dem förmlichen Concurse.

Erste Unterabtheilung.

Einzelne Haupthandlungen des vorbereitenden Proceßtheils.

Erstes Hauptstück.

Ordentlicher Proceß, und zwar A. dessen erstes Verfahren.

§. 142.

α) Vom ersten Verfahren überhaupt.

I. Obgleich schon nach den Regeln des römischen Processes die Abschnitte der gerichtlichen Verhandlungen eines bürgerlichen Rechtsstreits, welche man mit dem Namen der Hülfsvollstreckung und der Rechtsmittel bezeichnet, vollständig von demjenigen Theile der Verhandlung getrennt waren, welche oben (§. 122 und 123, I., S. 2) der vorbereitende Theil des Rechtsstreits genannt worden ist, so findet sich doch weder in den recipirten fremden Rechten noch auch in den einheimischen Gesetzen, weder in der Kammergerichtsordnung noch im Jüngsten Reichsabschiede, eine Spur von der weitern Trennung dieses vorbereitenden Theils in das erste und das Beweisverfahren. Vielmehr möchte bei den Römern es keinen Zweifel leiden, daß die Beweisführung mit der genauern Fest-

setzung der Streitfrage besonders seit der Zeit völlig vereinigt worden sei, seit welcher die Verhandlungen vor dem Prätor und dem judex pedaneus aufhörten von einander geschieden zu werden [1]). Das Reichskammergericht [2]) zerlegte die bei ihm vorzunehmenden gerichtlichen Verhandlungen zwar nach einer Reihe von Terminen, welche ohnehin bei den Territorialgerichten keine Nachahmung gefunden haben; allein dasselbe sonderte doch nicht die zwei verschiedenen Gegenstände der Verhandlung, die man gegenwärtig durch den Namen des ersten und des Beweisverfahrens scharf von einander scheidet. Der Jüngste Reichsabschied [3]) zeigt aber deutlich die Absicht, beide zu vereinigen, indem er anordnet, daß der Kläger, ohne ein Beweisinterlocut abzuwarten, bei der Replik und der Beklagte bei der Duplik die erforderlichen Beweise ihrer Behauptungen von selbst antreten sollen. Es hat sich daher nur durch den Gerichtsgebrauch und durch landesgesetzliche Bestimmungen diejenige Trennung des vorbereitenden Proceßtheils ausgebildet, welche, im Falle einer Beweisführung, durch die Fällung eines Erkenntnisses über die Verbindlichkeit dazu deutlich bezeichnet und hinreichend begrenzt wird.

II. Nach dieser jetzt anerkannten [4]) und im regelmäßigen Proceßverfahren allerdings auch zweckmäßigen Trennung der Parteivorträge ist dann das erste Verfahren vorzüglich dazu bestimmt, die Streitfrage festzusetzen, welche im einzelnen Falle durch das richterliche Erkenntniß entschieden werden soll, und die bald auf reine Rechtsfragen sich zurückführen läßt, indem die Thatsachen, auf welche es in diesem Falle ankommt, von

---

1) v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, §. 24, S. 265. Planck, Vom Beweisurtheile, S. 116.

2) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 15, §. 11; Tit. 16, §. 1, 3; Tit. 26, §. 1, 2; Tit. 29, §. 1, 2; Tit. 43, §. 4. Heffter, Institut. des Röm. und Deutsch. Civilrechts, S. 350. Planck, a. a. O., S. 176 fg.

3) Jüngster Reichsabschied, §. 38, 39, 45, 48. Planck, a. a. O., S. 181.

4) v. Linde, Lehrbuch, §. 185. Schmid, Handbuch, II, §. 94, S. 3. Bayer, Civilproceß (8. Aufl.), S. 520 fg. Planck, a. a. O., S. 368 fg., auch 407 fg., 430 fg.

beiden Theilen übereinstimmend erzählt werden, bald hingegen streitige Thatumstände enthält, über welche eine Beweisführung nothwendig wird, ehe das endliche richterliche Erkenntniß erfolgen kann. — Neben diesem Hauptzwecke des ersten Verfahrens kommen dann noch sogenannte Präliminarien des Rechtsstreits in Betracht, welche in jedem Falle, es mag auf Beweis erkannt werden oder nicht, vor dem ersten Erkenntnisse berichtigt sein sollen, und theils von richterlichen Amtswegen beachtet werden müssen, damit die Gültigkeit der Verhandlungen späterhin nicht in Zweifel gezogen werden könne, wohin namentlich die Befugniß der streitenden Theile vor Gericht aufzutreten und die Legitimationen der Nebenpersonen zum Processe gehören, theils aber, wenigstens auf den Antrag einer der Parteien und zu deren Sicherheit in Ordnung zu bringen sind, wie z. B. die Proceßcautionen der Unkosten und Widerklage halber. — Auf diese Weise charakterisirt sich mithin das gegenwärtig nach gemeinen Rechten übliche erste Verfahren durch seinen doppelten eigenthümlichen Zweck, welcher bei dessen Behandlung sowol von Seiten der Parteien, als von Seiten des Gerichts nie aus den Augen zu verlieren ist.

III. Ob es bei Einführung einer neuen Proceßordnung empfehlenswerth sei, diese Trennung des ersten vom Beweisverfahren beizubehalten, ist eine Frage, welche in verschiedener Weise beantwortet worden ist. Manche Landesgesetze haben allerdings ein Abkürzen des Proceßverfahrens dadurch herbeiführen zu können geglaubt, daß sie es den Parteien zur Pflicht machten, gleich bei ihren Vorträgen diejenigen Beweismittel namhaft zu machen, wodurch entweder die Klage oder aber jede Einrede und demnächst jede Replik oder Duplik und so fort auf den Fall der Ableugnung erwiesen werden sollen. Da man aber eine wirkliche Beweisantretung bei diesen Vorschriften den Parteien doch nicht zur Pflicht gemacht hat, und um so weniger machen konnte, je überflüssiger dieselbe im Falle einer bejahenden Einlassung auf die Klage oder andere Angriffe werden mußten, so ist in der That durch dergleichen Gesetze ein reeller Vortheil nicht erlangt, vielmehr meistens eine leere Förmlichkeit veranlaßt worden, welche in der Aufzählung aller zulässigen Beweisgründe behufs der etwa nöthig werdenden Beweisführung bestand und keinen weitern

Nutzen hatte. Man ist daher in neuerer Zeit von dieser Ansicht zurückgekommen und hat sich begnügt, die Bestimmungen des gemeinen Rechts in Ansehung des ersten Verfahrens uneingeschränkt wieder herzustellen. Es erscheint dies auch unter der Voraussetzung am zweckmäßigsten, wenn man nicht glaubt, eine gewisse Anzahl von Parteivorträgen vollzählig machen zu müssen, bevor man das erste Interlocut fällt. Dieses erste Erkenntniß muß daher, sobald die Streitfrage genügend festgesetzt ist, ohne weitern Aufenthalt erfolgen, gesetzt auch, daß gleich in der Vernehmlassung des Beklagten die erforderliche Bestimmtheit der Streitfrage bewirkt wäre, z. B. wenn der Beklagte die erhobene Klage lediglich in Abrede gestellt hätte ohne irgend eine Einrede vorzutragen, welche der Beantwortung von Seiten des Klägers bedürfte. Denn in einem solchen Falle bedarf es auch des sogenannten Schlusses zum Urtheile heutigentags um so weniger, als dieser nöthigenfalls von Amtswegen ergänzt werden kann.

§. 143 — 149.

β) Einzeln.

I. Vom Klaglibelle [1]).

I. (§. 143.) Es ließe sich wol denken, daß das erste Verfahren und folgeweise der ganze Rechtsstreit mit einer Ladung des Beklagten, welche der Kläger ohne vollständige Darstellung seiner einzuklagenden Ansprüche bei dem competenten Gerichte auszuwirken hätte, seinen Anfang nehme und dann erst in dem angesetzten Termine die Klage selbst vorgetragen würde. Im ältern römischen Civilproceß [2]) war dies allerdings der Fall, in dem neuern aber ist dies wenigstens für den ordentlichen Proceß

---

1) Außer den im Comp., Note * citirten Schriftstellern oben §. 86, Note 1, S. 469: Puchta, Dienst deutsch. Justizämter, II, §. 143 fg. Bayer, Civilproceß, S. 525 fg. Ferner über die Geschichte des Klaglibells: Goldschmidt, Abhandlungen, I, 1—10. Auch v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, §. 21 fg.

2) Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 108, 111, 113, 142 fg. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, §. 21, S. 246 fg.

abgeändert [3]) worden. Auch in dem deutschen gemeinen Rechte ist wenigstens seit dem Jüngsten Reichsabschiede vorgeschrieben, daß zum Beginne des Rechtsstreits der Kläger zuerst einen förmlichen Klagvortrag, und zwar zuerst einen schriftlich verfaßten bei dem Gericht zu überreichen [4]) hat, von welchem er Schutz und Hülfe begehrt. Diese Anordnung enthielt jedoch nur eine Bestätigung des Kanonischen Rechts [5]) über die nämliche Frage. Es kann daher nur noch in den summarischen Proceßarten die Frage sein, ob es statthaft sei, daß der Kläger seinen Klagvortrag mündlich zu Protokoll gebe, oder zuerst einen Termin zum Vortrage der Klage unter Mitvorladung des Beklagten auswirke. — Rücksichtlich der Form dieses schriftlichen Klagvortrags ist es jedoch schon in den Reichsgesetzen verboten [6]), den Klaglibell in Artikelform zu verabfassen (oben §. 100, S. 505), wogegen es dem Kläger unbenommen bleibt, den Libell in mehre einzelne zusammenhängende Abschnitte einzutheilen (libellus punctatus). Mit Rücksicht nun darauf, daß im summarischen Proceß der Libell mündlich angebracht werden kann, nennt man diesen den minderfeierlichen, den schriftlichen Klaglibell dagegen den feierlichen. — Nicht zu übersehen ist aber, daß sowol durch Einreichung der schriftlichen Klage, als durch deren mündlichen Vortrag bei Gericht die Verjährung desselben keineswegs unterbrochen wird (§. 93, III., S. 485 fg.). Dagegen ist eine Protestation gegen Handlungen des Gegners oder des Gerichts, wenn sie auch bei Gericht überreicht wird, keineswegs als Klaglibell zu betrachten, weil sie weder dessen Zweck noch dessen Form hat. Eine solche Protestation wird daher dem Gegner nur zur Nachricht, nicht aber zur Erklärung

---

3) Nov. 53, cap. 3. Nov. 112, cap. 2. Vergl. mit L. un. C. de litis contest. (3, 9). L. 1, §. 1, D. de edendo (2, 23). L. 4, pr. C. de in jus voc. (2, 2).

4) Anfangs nur in wichtigen Sachen, Kammergerichtsordnung von 1495, Tit. 10; dann in allen Sachen beim Reichskammergerichte, Kammergerichtsordnung von 1507, Tit. 5, was durch die Kammergerichtsordnung von 1521, Tit. 24, §. 3, auf alle Gerichte ausgedehnt wurde. Jüngster Reichsabschied, §. 34.

5) Can. 4, §. 5, caus. 3, qu. 3. Cap. 1 X. de libell. oblat. (2, 3).

6) Jüngster Reichsabschied, §. 34. Heffter, Institut. des Civilproc., §. 6, S. 312.

mitgetheilt, und es ist durchaus falsch, wenn man sie als Anfang des Rechtsstreits betrachtet und behandelt.

II. (§. 144.) Bei der Ausarbeitung eines Klaglibells gilt es als die wichtigste Regel, ihn dergestalt abzufassen, daß er so kurz als thunlich und dennoch genügend vollständig sei, also weder ein Wort zu viel noch zu wenig enthalte. Die Richtigkeit derselben folgt aber an sich daraus, daß wenn zu viel in eine Klagschrift gebracht worden ist, häufig nicht nur die Natur der erhobenen Klage zweifelhaft, sondern auch die Beweislast und der Beweissatz durch die Menge der überflüssigerweise angeführten Thatsachen unsicher werden kann, indem die Gerichte geneigt sind, derjenigen Partei, welche eine Thatsache zuerst zur Sprache gebracht hat, den Beweis derselben aufzubürden. Dazu kommt, daß durch zu große Weitläufigkeit der Beklagte auf Einreden gebracht wird, welche er außerdem nicht vorgeschützt haben würde, und daß endlich unvermeidliche Verwirrungen daraus entstehen. — Hätte man aber zu wenig in die Klagschrift aufgenommen, so würde das nicht nur dem Beklagten Veranlassung geben, dilatorische Einreden vorzuschützen und eine Absolution von der Instanz auszuwirken, falls nicht das Gericht von Amtswegen einen solchen Fehler gerügt hätte, sondern, was noch schlimmer ist, ein solcher Fehler würde, wenn er nicht geheilt ist, noch spät eine Cassation des ganzen Verfahrens veranlassen können, und zum mindesten eine Liquidationsinstanz nach rechtskräftiger Entscheidung herbeiführen. — Will man daher diese beiden Fehler vermeiden und jener Regel genügen, so hängt zunächst Alles von einer genauen Bekanntschaft mit der Theorie der einzelnen Klage ab, wie die einzelnen Klagfundamente im Römischen Rechte begründet und davon analog auf deutsche Institute übertragen worden sind, z. B. bei einer Negatorienklage in Bezug auf andere Verhältnisse als auf Servituten. Denn wenn man gleich den Namen der Klage im Libell nie zu nennen braucht [7]) und aus Vorsicht nie nennen wird, um unnöthige Streitigkeiten zu vermeiden und um das richterliche Ermessen nicht zu beschränken,

---

7) Cap. 6 X. de judic. (2, 1). Vergl. mit L. 47, §. 1, D. de negot. gest. (3, 5). Weber, Beiträge zur Lehre von Klagen, II, 6. And. Mein.: v. Linde, Lehrbuch, §. 151, Note 7.

insofern etwa vom Kläger ein Irrthum oder auch nur ein Verstoß gegen die Regeln der Klugheit begangen sein sollte, indem z. B. eine rei vindicatio da erhoben wurde, wo eine Publiciana ausgereicht hätte, so muß sich doch jeder Verfasser einer Klagschrift bestimmt denken, welche Art von Klage [8]) er erheben will. Nur auf diese Weise wird er sich aller der Voraussetzungen erinnern, unter welchen allein ein Klagrecht bei diesem Kläger entstehen konnte, und welche nöthig sind, um das Klagrecht gerichtlich verfolgen zu können, auch kennen lernen, welches der eigentliche Gegenstand der zu erhebenden Klage sei. Denn sobald die erhobene Klage eine specielle ist, muß diese so genau wie möglich bezeichnet werden, wogegen es bei universellen oder generellen Klagen unbedingt fehlerhaft ist, wenn die Klage auf etwas Bestimmtes gerichtet ist. Endlich wird man vermittelst dieser Prüfung auch den richtigen Beklagten und den Gerichtsstand, an welchen man sich mit dergleichen Ansprüchen zu wenden hat, am sichersten auffinden und mit Bestimmtheit beurtheilen können, ob jener allgemeinen Regel genügt sei.

III. Durch jenes Princip wird dann zugleich Dasjenige bezeichnet, was man in der Praxis den Klaggrund [9]) zu nennen pflegt. Allerdings ist dieser Ausdruck ein sehr unbestimmter und sein Gebrauch ein überaus schwankender, indem derselbe bald auf den Obersatz des Syllogismus, die Gesetze und Rechtsquellen, ohne welche es keine Befugniß zum Klagen geben kann, bezogen und mit dem besondern Namen des entfernten Klaggrundes (fundamentum agendi remotum) bezeichnet, bald hingegen darunter die Geschichtserzählung oder der Untersatz verstanden wird, auf den sich jede Klage ohne Ausnahme stützen muß, der nähere Klaggrund (fundamentum agendi proximum), weil darin die concrete Anwendbarkeit des Gesetzes begründet wird. Wenn daher in einem Urtheile auf Beweis des Klaggrundes erkannt wird, so bezieht sich das regelmäßig auf die Thatsachen,

---

8) Heffter, a. a. O., §. 76. Weber, a. a. O., S. 1 fg. v. Savigny, System, V, §. 205, S. 6, 12.

9) Schmid, Lehrbuch von Klagen und Einreden (9. Aufl.), §. 14, Note k, §. 96, Nr. 1. v. Savigny, a. a. O., §. 204 fg. Schmid, a. a. O., S. 70 fg. Bayer, a. a. O., S. 526 fg. — Oben S. 470, Note 1.

welche zum Untersatze gehören, und es muß die Erheblichkeit der einzelnen aus der Theorie der erhobenen Klage beurtheilt werden. Nur ausnahmsweise umfaßt diese Beweisauflage daneben auch ohne alle weitere Andeutung den Obersatz, wenn derselbe deshalb ein Gegenstand der Beweisführung wird, weil er auf einem Gewohnheitsrechte, Privilegium oder ausländischen Gesetzen beruht (§. 88, S. 473). — Bereits oben sahen wir, daß daneben noch eine dritte Art von Klaggrund, der mittlere (fundamentum agendi medium), vorkommen könne. Außer allem Zweifel ist das zuvörderst, wenn die einzelne Klage von einer andern Person erhoben wird als derjenigen, bei welcher sie ursprünglich entstand, indem der jetzige Kläger, sei es durch Erbfolge oder Cession u. dergl., an die Stelle des ursprünglich Berechtigten getreten zu sein behauptet. Denn in solchen Fällen muß die eigentliche Legitimation zur Sache noch neben dem ursprünglich streitigen Rechtsverhältnisse ins Licht gesetzt werden, so daß in der That ein zusammengesetzter Syllogismus nothwendig ist, nämlich der eine Schluß über die Entstehung des bestrittenen Rechtsverhältnisses selbst, der zweite, wodurch die Uebertragung der Klagbefugniß vom ursprünglich Berechtigten auf den jetzigen Kläger auf rechtsbeständige Weise dargethan wird, welches Letztere man mithin als den mittelbaren Klaggrund zu betrachten hat. Allein auch außer diesen Fällen, wo der ursprünglich Berechtigte nicht selbst klagt, gibt es gewisse Rechtsverhältnisse, welche auf mehr als einerlei Art entstanden sein können, bei denen es also von Wichtigkeit sein kann außer dem entferntern und nähern Klaggrunde noch die Art und Weise zu kennen, wie im einzelnen Falle das streitige Rechtsverhältniß entstanden sei. So ist z. B. die allgemeine Anerkennung des Eigenthums als Quelle der rei vindicatio der entfernte Klaggrund, das Eigenthum aber, welches der einzelne Kläger für sich behauptet in seiner Beziehung auf ein specielles Object und gegen einen bestimmten Besitzer desselben, welcher ihm dieses Object vorenthält, der nähere Klaggrund; allein noch erhellt hieraus nicht, wie der einzelne Kläger zum Eigenthum gekommen sei, was doch auf gar mancherlei Weise möglich ist; gleichwol hängt aber davon für die Beurtheilung der Gültigkeit des Erwerbes gar sehr viel ab, daher diese Zwischenfrage den mittlern Klag-

grund bildet. Nun hat zwar das Römische Recht [10]) dem Kläger die Pflicht nicht auferlegt, in solchen Fällen bei einer dinglichen Klage die Erwerbsart anzuführen, allein es war auch, wurde der Kläger nach mislungenem Beweise abgewiesen, sein dingliches Recht für immer verloren, sollte er gleich bei dieser Klage nur eine Erwerbsart haben beweisen wollen, während er später einen ganz andern Erwerbsgrund hätte darthun können. Billiger ist hierin das Kanonische Recht [11]) gewesen, indem es einen Unterschied macht zwischen einer Klage, worin der mittlere Klaggrund ausdrücklich und speciell angegeben, und einer solchen, worin dieser unangeführt geblieben ist. Bei Klagen der letztern Art, oder wo der mittlere Klaggrund nur unbestimmt oder allgemein ausgedrückt ist, sollen die Principien des Römischen Rechts beibehalten werden, während dagegen die andere Gattung von Klagschriften den Vortheil hat, daß man den Proceß, der hierauf gestützt war, zwar verlieren kann, allein dieselbe dingliche Klage anzustellen berechtigt bleibt nicht allein wegen desselben Objects, sondern auch gegen denselben Beklagten, sofern nur ein veränderter mittlerer Klaggrund behauptet wird. Daher wird es heutigentags mit Rücksicht hierauf jedenfalls rathsam sein, in dinglichen Klagen diesen Klaggrund nicht wegzulassen. Allein man muß noch weiter gehen und behaupten, daß dies nach Deutschem Recht nicht blos Klugheitsregel, sondern Zwangspflicht [12]) für den Kläger sei, und daher eine Klage, worin dieser Klaggrund fehlt, in angebrachter Maße zu verwerfen sei. Denn wenn dies auch nicht mit ausdrücklichen Worten im gemeinen Rechte verordnet ist, so ergibt es sich doch durch eine nothwendige Folgerung aus den Bestimmungen des Jüngsten Reichsabschiedes (§. 34), weil hier nicht blos dem Kläger befohlen ist, gehörig, deutlich und bestimmt seine Klage vor-

---

10) L. 14, §. 2, D de exc. rei judic. (44, 2). Puchta im Rhein. Museum, II, 251; III, 467 fg. Brackenhöft, Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, XI, 254. v. Savigny, System, VI, Beil. 17. Bayer, a. a. O., S. 452, 530 fg.

11) Cap. 3, de sent. et re jud. in VI^{to} (2, 14).

12) And. Mein.: Puchta, a. a. O., II, 266; III, 467 fg. Brackenhöft, a. a. O., S. 256 fg. Dagegen: Heffter im Rhein. Museum, III, 222 fg. v. Langenn u. Kori, I, 98 fg. Wolfg. Puchta, Von den gerichtl. Klagen, S. 36 fg. Bayer, a. a. O., S. 531 fg.

zutragen, damit Beklagter eine ins Einzelne eingehende Litiscontestation darauf abgeben könne, sondern auch dem Beklagten alle seine Einreden bei Verlust derselben auf einmal vorzutragen und mit der Einlassung zu verbinden. Beiden Verpflichtungen aber würde der Beklagte nicht nachkommen können, wenn Kläger das behauptete dingliche Recht blos im Allgemeinen zu nennen brauchte, und er daher nicht genau unterrichtet wäre von der Art und Weise, wie Kläger demnächst dasselbe nachzuweisen sich im Stande glaubt. So muß denn behufs der Festsetzung der Streitfrage, welche im ersten Verfahren stattfindet, nothwendig auch der mittlere Klaggrund angegeben werden, damit Beklagter wisse, wogegen er sich zu vertheidigen habe, und die Beweisführung auf nichts Neues gerichtet werde. — Daß es übrigens bei blos persönlichen Klagen, welche zwischen dem ursprünglichen Berechtigten und Verpflichteten geführt werden, keinen mittlern Klaggrund gibt, versteht sich von selbst, weil das Obligationsverhältniß zugleich die alleinige Art andeutet, wie dasselbe entstanden sein kann, indem es eine ganz andere Art von Klage wäre, wenn man eine ähnliche Obligation aus einem andern Verpflichtungsgrunde herleiten wollte. — Außer dem Grunde der Klage, den man auf diese Weise in jeder Beziehung hat kennen lernen, gehört aber zum Stoffe des Klaglibells nur noch Dasjenige, was entweder besondere Ansprüche auf Accessorien des Rechtsstreits begründen kann, wie z. B. die Mora, vermöge deren Zinsen ohne Versprechen gefordert werden, und die mala fides, welche die Berechtigung gibt, fructus percipiendos zu fordern; oder was in Ansehung der processualischen Behandlung des einzelnen Falles nothwendig oder doch nützlich ist, jenes z. B. wenn es dazu dient, die Competenz des Gerichtsstandes zu begründen, besonders wenn man nicht das universelle Forum gewählt hat; dieses, wenn von einer ungewöhnlichen Proceßart die Frage wäre, namentlich von einem der bestimmt summarischen Processe.

IV. (§. 145.) Der auf diese Weise gefundene Stoff der Klage hat nun in Ansehung seines Vortrags keine eigenthümlichen Regeln, sondern muß sich nach den in §. 100, I.—IV., S. 505 fg., gegebenen richten. Deshalb vor allen Dingen ist möglichste Bestimmtheit sowol rücksichtlich der streitenden

Theile[13]) als auch des Streitgegenstandes[14]) zu beobachten, und namentlich darauf zu achten, wenn etwa mehre Kläger oder Beklagte als Streitgenossen auftreten. Nicht weniger müssen alle Thatsachen, worauf sich die Klage stützt, mit vollkommener Deutlichkeit angeführt werden, wobei denn Wiederholungen und Beziehungen auf andere Verhandlungen, welche weder beigefügt noch genügend extrahirt sind, zu unterlassen sind. Sodann sind sorgfältig alle Arten von Widersprüchen[15]) zu vermeiden, und zwar nicht sowol solche, welche auf die erhobene Gattung von Klagen sich beziehen (denn dergleichen widersprechende Klagen zu verbinden ist gestattet), als solche, welche die Wahrheit der Thatsachen betreffen, und daher zeigen, daß der Kläger auf eine Art die Unwahrheit gesagt habe. Endlich aber muß nicht nur alles Unerhebliche, sondern auch Dasjenige wegbleiben, dessen Anführung gegen die Regeln der Proceßpolitik verstößt. Als einen solchen Verstoß muß man aber zunächst die Behauptung betrachten, daß man den Beklagten vergebens in Güte aufgefordert habe. Denn diese Behauptung (clausula monitoria)[16]) wird in den Gesetzen nicht verlangt, veranlaßt nur ein Leugnen und eine unnöthige Beweisführung, zumal man auf jeden Fall in der Replik Zeit genug zu einer solchen Behauptung hat, wenn sich nämlich der Beklagte gegenwärtig bereit erklärt, den Kläger zu befriedigen, und anführt: er sei dies schon vor erhobener Klage gewesen, deshalb aber der ganze Rechtsstreit überflüssig. Ohnehin kommt es hierauf gar nicht an, sobald ein bestimmter Zahlungstermin festgesetzt war, demzufolge der Beklagte aus freiem Antriebe den Kläger hätte klaglos stellen müssen. Ebenso sollte

---

13) Gönner, a. a. O., I, 15. Oben §. 36, II., S. 234 fg.

14) Jüngster Reichsabschied, §. 34, 51. Cap. 2 X. de libell. oblat. (2, 3). Cap. 49 X. de appell. (2, 28). L. 6, pr.; L. 5, §. 4, 5, D. de rei vind. (6, 1). L. 19, §. 4, D. de furt. (47, 2). L. 7, pr. D. de injur. (47, 9).

15) Cap. 3, de jurejur. in VI^{to} (2, 11).

16) Gensler, Vollständiger Commentar, Ausg. von Guyet, zu §. 138 A., 3. Heerwart, Archiv für civil. Praxis, S. 229 fg. Brackenhöft, Erörterungen, S. 412 fg. Schmid, a. a. O., S. 9, Note 5. Sintenis, Erläuterungen, Heft 2, 3, S. 281 fg. Bayer, a. a. O., S. 533, 4.

man es vermeiden, die Weigerungsgründe des Beklagten im Libell anzuführen oder zu widerlegen; denn wären sie dem Kläger auch außergerichtlich schon bekannt, so sind sie doch so lange unerheblich, als sie nicht gerichtlich wiederholt wurden, was sehr häufig unterbleibt, indem der Beklagte beim gerichtlichen Austrage der Sache ganz andere Gründe geltend macht. Würden aber auch diese Gründe wiederholt, so wäre deren Widerlegung im Libell eine anticipirte Replik auf zukünftige Einreden. Es ist aber gegen die Regeln der Proceßpolitik, Repliken der Art zu anticipiren [17]), weil nicht allein die Feststellung der Streitfrage verwirrt, sondern auch die Veranlassung gegeben wird, den Beweissatz auf Thatsachen auszudehnen, die doch vom Kläger so lange nicht erwiesen zu werden brauchen, als die Einreden nicht dargethan worden sind. — Von diesem Grundsatz enthält auch der sächsische Proceß keine allgemeine Ausnahme, und man könnte als solche höchstens den seltenen Fall betrachten, wo auch nach gemeinem Recht der Richter befugt wäre, von Amtswegen eine Einrede zu berücksichtigen [18]), wenn sie auch der Beklagte nicht vorgeschützt hätte (§. 96, S. 494), wie dies von der Einrede der Verjährung, sobald sie sich aus der Geschichtserzählung ergibt, zu behaupten ist. Denn bei dieser Art von Einreden läuft man Gefahr, daß das Gericht, ohne den Beklagten erst zu hören, die Klage sogleich abweise, und um das zu verhüten, ist es rathsam, diejenigen Gründe schon jetzt anzuführen, welche eine Einrede dieser Art alsbald widerlegen würden. In einem solchen Fall ist es dann aber nicht rathsam, dergleichen Repliken zwischen den Klaggrund einzuschalten, sondern am zweckmäßigsten, sie nach beendigtem Klagvortrage in einem eigenen Anhange unter dem Anführen der dadurch zu entkräftenden Einrede, welche man erwartet, darzustellen. — Endlich sollte aber der Kläger nie solche Thatumstände in der Klage berühren, die allerdings im Stande wären, das verfolgte Recht zu hindern, z. B. in der Erbschafts-

---

17) Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung (Ausg. von Heffter), S. 160. — Adolph Martin, Jahrb. für Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, I, 195 fg.; II, 297 fg.

18) Danz, Ordentlicher Proceß, §. 63. Schmid, a. a. O., S. 10. Bayer, a. a. O., S. 535.

klage eines Intestaterben nicht erwähnen, der Kläger habe kein Testament gemacht, oder solche Thatsachen, welche ein einmal entstandenes Recht wieder aufheben könnten, und die man daher auch wol negative Voraussetzungen des Klaggrundes zu nennen pflegt, z. B. daß das erborgte Capital nicht zurückbezahlt sei. Denn das Alles bildet wahrhafte Einreden, welche nicht im Voraus zu beantworten sind. — Was aber bis hierher von einer Klage gesagt worden ist, muß dann natürlich auch bei einer Cumulation mehrer von jeder einzelnen gelten. Nur in dem Falle wird ein besonderer Vortrag jeder cumulirten Klage unnöthig, wo die mehren Klagen auf dasselbe Object gerichtet werden, und in ihren Fundamenten mit einander, was die wesentlichen Thatsachen betrifft, übereinstimmen. Denn alsdann pflegt man entweder im Petitum oder bei Ausführung des eigentlichen Rechtsgrundes die mehren Klagen zu bezeichnen, z. B. wenn die rei vindicatio mit der actio Publiciana zugleich erhoben wird.

V. (§. 146.) Die Bitte, welche dem so formirten Klagsyllogismus angehängt wird, zerfällt in das Proceß-, das Haupt- und das Nebengesuch [19]). Jenes ist nur im summarischen Processe, weil es verschiedene Arten desselben gibt, nothwendig [20]), wogegen es im ordentlichen Processe ohne Nachtheil hinweggelassen wird; nur in einzelnen Ländern muß dasselbe in einer besondern Schrift ausgesprochen werden (suplica pro decernendo processu). Das Hauptgesuch muß, außer bei einer universellen oder generellen [21]) Klage, Alles, was der Kläger vom Beklagten fordert, so bestimmt enthalten, daß es wörtlich in das Erkenntniß eingerückt werden kann. In demselben muß man sich aber vor einer Zuvielforderung [22]) der Zeit, des Ortes, der Sache

---

19) Oben §. 89, S. 474; §. 100, IV., S. 508. — Schmid, a. a. O., S. 14 fg. Bayer, a. a. O., S. 536 fg. Seuffert, Archiv für Entscheidungen, IV, 124.

20) Gönner, a. a. O., I, 10, §. 34; II, 33, §. 5. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 153.

21) Glück, Commentar, III, §. 276, 282. Puchta, a. a. O., §. 154, Nr. 4.

22) §. 33 J. de act. (4, 6). §. 10 J. de except. (4, 13). Tit. C. de pluspetit. (10, 3). Tit. X. de pluspetit. (2, 11). Zimmern, Röm.

selbst und ihrer Nebenbestimmungen nach hüten, da dieselben mit Nachtheilen verknüpft sind. Nach den Gesetzen sind diejenigen Zuvielforderungen, wo plus re oder plus loco oder plus causa gefordert wird, darum von weniger Erheblichkeit, weil nach dem neuesten, namentlich nach dem Kanonischen Rechte[23]), die Folge eines solchen Fehlers nur darin besteht, daß der Kläger lediglich in diejenigen Kosten verurtheilt wird, welche durch die Zuvielforderungen veranlaßt wurden. Dagegen hat die Zuvielforderung in Ansehung der Zeit den besondern Nachtheil, daß sie für den Beklagten eine Absolution von der Instanz bewirkt und der Kläger nun noch einmal so lange warten muß, ehe er wieder klagen darf, als die Zeit beträgt, um die er zu früh geklagt hätte. Diese Vorschrift ist im Kanonischen Rechte so bestimmt ausgesprochen, daß, da das Römische Recht[24]) in dieser Materie nur mangelhaft bekannt ist, ohne Zweifel jenes als entscheidend zu betrachten ist. Der Zeit nach wird aber nicht nur dann zu viel gefordert, wenn ein bestimmter Zahlungstermin festgesetzt war, den man vor Anbringung der Klage nicht abwartete; sondern auch, wenn ein bedingter Anspruch vor Eintritt der Bedingung eingeklagt wird[25]). — Auch muß man ferner den Irrthum

---

Civilproceß, §. 178, S. 535 fg. Keller, Litiscontestation, §. 56, S. 496 fg. Heffter, Institut., S. 81, 84, 94, 299. v. Langenn u. Kori, Praktische Erörterungen, I, Abh. 17, S. 148 fg. (2. Ausg., S. 152 fg.). Gesterding, Archiv für civil. Praxis, VII, 106 fg. Derselbe, Ausbeute, II, 202 fg. Bayer, a. a. O., S. 539. Seuffert, a. a. O., III, 305, 306; IV, 19.

23) Cap. un. X. de pluspetit. (II, 11). Punitur importunitas plus petentium, ita, quod qui re petunt amplius sine — wo wol sive zu lesen sein wird — causa, in expensis adversario condemnantur. — §. 2. Ei vero, a quo amplius tempore petitur, induciae duplicantur, nec litem excipiet, nisi ei solvantur expensae.

24) Das ältere Römische Recht wies die Klage überhaupt ab (causa cadebat). Pauli sent. recept., I, tit. 10. Gaji instit., IV, §. 53. Zeno verordnete, daß bei der pluspet. temp. Kläger bis zum Fälligkeitstermin keine Zinsen erhalten sollte. L. 1 C. de pluspetit. (3, 10); Justinian, daß Kläger das triplum der dadurch erhöhten Sporteln dem Gegner erstatten solle, L. 3 C. eod.; diese Stelle ist jedoch nicht glossirt; endlich enthält Nov. 15, cap. 4, eine auf die römische Gerichtsverfassung bezügliche Vorschrift, welche keine Ausdehnung leidet.

25) Cap. un. X. de pluspetit. (II, 11).

vermeiden, den selbst manche Gerichte begehen, daß es schon hinreiche, wenn nur während der Dauer des Rechtsstreits die erforderliche Zeit bis zur actio nata ablaufe, da nach Römischem Rechte[26]) die Klage gar nicht erhoben werden kann, solange nicht jene Zeit wirklich abgelaufen ist. — Endlich muß zu der pluspetitio ratione causae gerechnet werden, nicht allein wenn eine alternative[27]) Forderung statt eines einzigen Gegenstandes klagend verfolgt wird, sondern auch wenn in dem Falle, wo blos ein Anspruch auf ein Genus existirt, alsbald auf ein bestimmtes Individuum das Gesuch gerichtet wird. Zu der ersten Art von Zuvielforderung wird es hauptsächlich gerechnet, wenn ohne genügenden Grund ein alternatives Petitum gestellt wird, während nur die Berechtigung auf einen bestimmten Gegenstand allein zu klagen bestand. Es sind daher die alternativen Gesuche nur da zulässig, wo entweder die eingeklagte Obligation alternativ ist, oder wo man mehre Klagen mit einander cumulirt, welche alternativ mit einander concurriren, in welchem Falle dann jede derselben in dem Klagvortrage vollständig vorgetragen sein muß. Ein Hauptbeispiel hiervon ist, wenn die actio hypothecaria gegen den debitor oppignerans zugleich mit der actio personalis aus dem Schuldverhältniß erhoben wird; denn nur alsdann läßt sich auch gegen ihn eine alternative Klagbitte rechtfertigen, nicht aber, wenn nur die Bedingungen der hypothekarischen Klage allein entwickelt sind. Gegen einen dritten Besitzer eines verpfändeten Objects kann aber ein solcher alternativer Antrag nicht stattfinden, weil die persönliche Klage nicht gegen ihn begründet ist, wenn nicht besondere factische Verhältnisse vorliegen; daher man in deren Ermangelung rein nach der Natur der actio hypothecaria bitten muß. Nur tritt in diesem letzten Falle be-

---

26) L. 186 D. de reg. jur. (50, 17). Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit. Et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito, peti non potest. Für die entgegengesetzte Ansicht der Praxis stützt man sich auf arg. L. 16, pr. D. famil. hercisc. (5, 3); Thibaut, Pandekten, §. 435.

27) §. 33 J. de act., vergl. mit L. 2, §. 1, D. de aqua et aqu. pluv. arc. (39, 2). L. 2 D. de rescind. vend. (4, 44). Cap. 3 X. de emt. vend. (3, 17). Boehmer, Exercit. ad Pand., II, exercit. 26, cap. 2, §. 14 i. f. Kind, Quaest., III, cap. 85 (edit. 2).

kanntlich das Recht des dritten Besitzers ein, den Kläger wegen Capitals und Zinsen vollständig zu befriedigen, um sich dadurch von der Herausgabe der Hypothek zu befreien. Allein das ist blos eine alternative Befugniß, und deshalb ändert diese Befugniß, die keine Verpflichtung bildet, die Klagbitte eigentlich nicht ab, sondern es ist nur Regel der Vorsicht, einer alternativen Befugniß in der Klagbitte Erwähnung zu thun, weil manche Juristen behaupten, daß, wenn dies unterblieben wäre, eben dadurch auch eine Zuvielforderung begangen sei, was sich indeß der richtigen Meinung nach nicht behaupten läßt, da das Schweigen von einer solchen Befugniß kein Zeichen ist, daß der Kläger dieselbe bestreite, vielmehr dem Kläger das Argument aus L. 61, pr. und L. 66 D. de judiciis (5, 1) zur Seite steht [28]).

VI. (§. 147.) Den zufälligen Inhalt einer Klage bildet außer den Gesuchen um vorläufige oder vorbereitende Verfügungen, z. B. Gesuch auf Vernehmung von Zeugen zum ewigen Gedächtnisse, Anlegung von Arresten oder Sequestrationen, die Verbindung mehrer concurrirender Klagen, welche in einem Libell vorgetragen werden, die Klagenhäufung [29]) (§. 29, II., S. 195). Ueber die Zahl der zu cumulirenden Klagen enthält das gemeine Recht [30]) keine Vorschriften, während in Sachsen [31]) dann nur drei Klagen zu cumuliren erlaubt

---

28) L. 61, pr. D. de judic. (5, 1). Quid ergo? melius est dicere, id venire in judicium, non de quo actum est ut veniret, sed id non venire, de quo nominatim actum est, ne veniret. L. 66 D. eod. Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id, quod utilius ei est, accipiendum est. Vergl. Glück, Commentar, XVIII, 335 fg. Heerwart im Archiv für civil. Praxis, XIV, 230 fg.

29) L. 25, §. 3, D. de fam. hercisc. (10, 2). L. 52, §. 14, D. pro socio (17, 2). L. 1, §. 4 D. quod legat. (43, 3). Cap. 2, 46 X. de causa possess. (2, 12). Cap. 36 X. de testib. (2, 20). Gönner, I, 257 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, 87. Glück, Commentar, IV, §. 284^{ab}. Planck, Mehrheit der Rechtsstr., §. 9 fg. u. 44 fg. Bayer, a. a. O., S. 542 fg.

30) Cap. 3 de rescript. in VI^{to} (1, 3).

31) Alte Sächs. Proceßordnung, Tit. 5, §. 3. Ernestinische Proceßordnung, P. I, cap. 2, §. 3. Vergl. aber Osterloh, Sächs. ordentl. Proceß, II, 30, §. 217.

sind, sobald sich dieselben auf verschiedene Rechtsgründe stützen, weil den einzelnen Klagen besondere Rechtsgeschäfte zu Grunde liegen. Wird dagegen aus einem und demselben Geschäfte, welches sich mehrmals wiederholt hat, geklagt, so handelt es sich dann nicht von einer solchen Klagenhäufung, wol aber müssen die einzelnen Posten genau angegeben werden. — Die Klaghäufung ist nun aber bald eine objective, die Verbindung mehrer Klagen derselben Parteien aus verschiedenen Rechtsgründen, die in keinem innern Zusammenhange stehen (§. 94, II., S. 195 fg.), bald eine subjective [32]), die Verbindung mehrer Klagen desselben Klägers gegen mehre Beklagte, welche nicht Streitgenossen sind, oder mehrer Kläger gegen einen Beklagten, oder endlich mehrer Kläger gegen mehre Beklagte. Während nun früher in der Praxis der Satz entschiedene Geltung hatte, daß eine subjective Klaghäufung, wenn sie auch nicht ausdrücklich verboten ist, doch unzulässig sei, ist neuerdings deren Statthaftigkeit [33]) vielfach behauptet worden. Allein theils entspricht die L. 52 D. pro socio (17, 2), auf welche man sich beruft, dem Begriffe einer subjectiven Cumulation nicht, und könnte die ebenfalls angeführte L. 25, §. 4, D. fam. hercisc. (10, 2) wegen der besondern Eigenschaften der judicia duplicia höchstens als Ausnahme von der Regel betrachtet werden; theils wird, abgesehen von andern Gegengründen, regelmäßig die größte Verwirrung und Verzögerung der einzelnen Processe dadurch herbeigeführt. Es ist dies in die Augen fallend, wenn z. B. eine Servitut über verschiedene Aecker verschiedener Besitzer nicht etwa einer Gemeinschaft behauptet wird, weil in diesem Falle jedem einzelnen Besitzer besondere Einreden und Privilegien zustehen können, welche bei den Uebrigen nicht vorhanden sind. — Als zufälliger Inhalt der Klagschrift ist es ferner zu betrachten, wenn derselben die

32) Magazin für Proceß, I, 203. Gönner, V, 25, §. 7. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, 87. Glück, Commentar, IV, §. 284^{b}. v. Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XV, 358 fg. Seuffert, Archiv für Entsch., I, Nr. 356; III, Nr. 107; V, Nr. 67.

33) Müller in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, I, 308 fg. Linde, das., 316 fg., auch XV, 359 fg. Planck, Mehrheit der Rechtsstr., § 16 fg., 49 fg. Bayer, a. a. O., S. 115, 118 fg., 543 fg. Schmid, a. a. O., II, 19 fg.

Beweismittel, wodurch die Geschichtserzählung bewahrheitet werden soll, beigefügt werden [34]). In Ansehung öffentlicher Urkunden ist dies nach gemeinem Rechte [35]), anders wie in Sachsen, wo es im Allgemeinen untersagt ist, nicht nur gestattet, sondern häufig von Nutzen, wogegen in Ansehung der übrigen Beweismittel, z. B. der Zeugen, soweit nicht Gefahr vorhanden ist, sie sonst zu verlieren, für den ordentlichen Proceß nicht dasselbe gilt [36]). — Ebenso sind die der Klage beigefügten Anträge auf provisorische Verfügung, z. B. wenn in Bezug auf Thiere, gegen deren Redhibition geklagt wird, ein Antrag auf öffentliche Versteigerung zur Vermeidung der Futterkosten mit der Klage verbunden wird, zufällig, aber wichtig. — Endlich können Ausführungen über die Competenz des Gerichts, wo diese zweifelhaft ist, nothwendig sein, und auch nützliche Clauseln [37]) dem Vortrage der Klage beigefügt werden, z. B. wenn in einer possessorischen Klage petitorische Punkte berührt und zugleich hinzugefügt wird, daß man sich derselben pro colorando petitorio bediene, womit man andeutet, daß man das Possessorium mit dem Petitorium nicht habe cumuliren wollen.

VII. (§. 148, 149.) Ueber die Anordnung der so eben näher betrachteten Bestandtheile eines Klagvortrags ist theils im Compendium, theils oben (§. 99, S. 503; §. 100, I.—IV., S. 505 fg.), wo über die innere und äußere Form der Parteivorträge, namentlich der Angriffe, ausführlicher gehandelt wurde,

---

34) Gönner, II, 40. Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, I, 120 fg., 181 fg. Puchta, Beiträge, I, 348 fg. v. Linde, Abhandl., II, 64 fg. Planck, Beweisurtheil, §. 38, S. 358 fg. Bayer, a. a. O., S. 547.

35) Jüngster Reichsabschied, §. 35, 39. Planck, a. a. O., S. 359, findet in dieser Stelle jene Vorschrift nicht, erkennt sie aber als allgemein gültig an.

36) Cap. 5 X. ut lite non contestata non procedatur ad testium recept. (2, 6). Planck, a. a. O., S. 360.

37) Nach dem Reichsdeputationsabsch. von 1557, §. 33; Deputationsabsch. von 1600, §. 30, ist die sogenannte clausula salutaris nicht nothwendig. Glück, Commentar, VIII, 300, hält sie für wirksam, dagegen oben §. 99, S. 504. Sintenis, Erläuterungen, II, 621 fg. — Vergl. ab Rheden, D. de superfluis, ineptis et inutilibus libellorum clausulis (Bremen 1717). Danz, Proceß, §. 79, 80.

das Wesentliche vorgetragen worden. Ebenso findet Das, was über Verbesserung und Veränderung [38]) von Parteivorträgen oben (§. 103, IV., VI., S. 523) ausgeführt wurde, auf den Klagvortrag Anwendung, und deshalb ist hierauf wie auf das Compendium, §. 149, zu verweisen.

§. 150—152.

II. Decret auf die Klage.

I. (§. 150.) Enthält eine bei Gericht übergebene Klage weder wesentliche Mängel noch grobe Injurien, so theilt das Gericht dieselbe dem Beklagten mittelst eines Decrets [1]), worin die Aufforderung an diesen ergeht, binnen einer bestimmten Frist darauf sich vernehmen zu lassen, in Abschrift [2]) mit, fügt auch wol die nöthig befundene Ahndung weniger bedeutender Fehler oder Auflagen in Nebenpunkten und interimistischen Verfügungen dem Decret als Anhang bei. Nach den Bestimmungen in Justinian's Gesetzgebung umfaßte die erwähnte Frist einen Zeitraum von 20 Tagen [3]). — Nur von den Gerichten, welche die bürger=

---

38) Gönner, Handbuch, I, 20. Bayer, Aenderung des Klaglibells (Landshut 1819). Heffter, Institut., S. 298, 330 fg. Mühlenbruch, Entwurf, S. 117 fg., 131. Sintenis, Erläuterungen, I, 208. Buchka, Einfluß des Processes, II, 92 fg. Bayer, Vorträge (8. Aufl.), S. 519 fg. Schmid, Handbuch, II, 117 fg.

1) Puchta, Proceßleitungsamt, S. 30 fg. Schmid, Handbuch, II, 23 fg., §. 96. Bayer, a. a. O., S. 552 fg.

2) Jüngster Reichsabschied, §. 34 a. E. — Formulare solche Decrete, siehe bei Bergmann, Einleitung in die Praxis (2. Aufl.), S. 189 fg., 195 fg., 205.

3) Nach älterm Römischen Rechte waren es zehn Tage. L. 69 D. de jud. (5, 1). L. 13, §. 2, C. eod. (3, 1). Justinian führte 20 Tage ein. Nov. 53, cap. 3, §. 1. Zimmern, Röm. Civilproceß, S. 441. — Die in Nov. 96, cap. 1 enthaltene und Can. 4, caus. 3, qu. 3 wiederholte Vorschrift einer Frist von zwei Monaten bezieht sich auf die cautio de judic. sisti, die im Jüngsten Reichsabschiede, §. 37, von 60 Tagen auf das besondere Verfahren des Reichskammergerichts. — Fast in allen einzelnen Ländern ist durch besondere gesetzliche Vorschriften die Dauer dieser Frist ausdrücklich normirt.

lichen Rechtsstreitigkeiten stets zu Protokoll instruiren oder doch die Form davon beibehalten, z. B. in Sachsen erfolgt auch im ordentlichen Processe eine Ladung auf die Klage. — Endlich ist hier noch wegen seines Einflusses auf das erste Decret des sogenannten Rescriptsprocesses, der jedoch weder im Römischen Rechte noch im Kanonischen Rechte erwähnt wird, Erwähnung zu thun. Bei den deutschen Reichsgerichten kam nämlich häufig der Fall vor, daß Unterthanen gegen ihre Obrigkeiten, als solche, Klage führten, und man überzeugte sich dabei, daß es ebenso nachtheilig für den Kläger als unbillig gegen die Obrigkeit sei, jedes mal deshalb sofort einen förmlichen Proceß einzuleiten. Es wurde daher in den Reichsgesetzen [4]) verordnet, daß vor Einleitung eines ordentlichen Processes in solchem Falle die verklagte Obrigkeit aufgefordert werden solle, sich binnen einer ihr zu setzenden Frist durch einen Bericht gegen die angebrachte Klage zu rechtfertigen. Unterblieb aber die Aufforderung zu einer derartigen Berichtserstattung und wurde alsbald der Klagbitte gemäß verfahren, dann war die Unterbehörde nicht verbunden, den Decreten und Erkenntnissen des Obergerichts in dieser Sache Folge zu leisten.

II. (§. 151.) Auf eine fehlerhafte Klagschrift sollte sogleich von Amtswegen, ohne erst die Rüge des Fehlers vom Beklagten abzuwarten, dasjenige verfügt werden, was nach Verschiedenheit des Fehlers dazu dient, unnütze Processe zu verhüten und eine fehlerhafte Einleitung der Sache auf den richtigen Weg hinzuführen. Dabei wird zugleich die fehlerhafte Klagschrift dem Beklagten mitgetheilt, insofern sie nur keine Injurien wider denselben enthält, und darum zuerst zurückzugeben wäre, um von diesen Ungebührnissen gereinigt zu werden. Denn wo ein solcher Fehler nicht in Frage ist, hat die Mittheilung der Klage wichtige Folgen [5]), namentlich für die Unterbrechung der Verjährung, und

---

4) Wahlcapitulation Franz' II., Art. 19, §. 7. Weiße, Ueber Berichtserstatt. auf Klagen deutscher Unterthanen gegen ihre Landesherren (Wetzlar 1792). — Gönner, Handbuch, IV, 72.

5) L. 3 C. de annali except. (7, 40) — sed qui obnoxium suum in judicium clamaverit et libellum conventionis ei transmiserit, licet generalem nullius causae mentionem habentem — — nihilominus vi-

muß aus diesem Grunde nicht unterbleiben. Es gibt nun aber dreierlei Arten von Decreten, die auf eine fehlerhafte Klage erlassen werden: 1) Absolutiones ab actione, d. h. Beschlüsse, die die erhobene Klage als unheilbar fehlerhaft betrachten, und sogar unter veränderten Umständen ihre Wiederanstellung für unstatthaft erachten [6]), mithin den Beklagten gänzlich davon freisprechen. Man pflegt das auf verschiedene Weise auszudrücken, namentlich aber mit den Worten: „daß sich der Beklagte auf die Klage einzulassen nicht schuldig", „die Klage nicht statthabe", z. B. wenn die Klage in thesi juris nicht begründet ist, oder wenn Obersatz und Untersatz in keiner Beziehung zu einander stehen. 2) Absolutiones ab instantia [7]) hingegen setzen heilbare Fehler der erhobenen Klage voraus, und fassen daher die Erlaubniß in sich, eine verbesserte Klage wegen desselben Gegenstandes zu erheben, sei es bei dem nämlichen oder bei einem andern Gericht, weil das angerufene nicht zuständig war, oder erst nach Verlauf einiger Zeit, weil die Klage zu der Zeit, wo sie erhoben wurde, noch nicht stattfand, oder endlich in anderer Weise, weil sie in der angebrachten Maße, wegen Dunkelheit, subjectiver Cumulation und dergleichen nicht stattfinden konnte. 3) Endlich erfolgt auch die Abweisung durch ein Prälocut [8]) (absolutiones praelocuto), d. h. durch richterliche Decrete, welche den begonnenen Rechtsstreit zwar als fortdauernd behandeln, die Klage aber wegen heilbarer Fehler, welche durch einen einfachen Nachtrag, ohne daß es eines neuen Libells bedürfte, geheilt werden können, zur Verbesserung zurückgeben, ehe das Gericht einen weitern Schritt in der Sache thun will.

III. Da es nun aber nicht gleichgültig sein kann, welche

---

deri jus suum omne eum in judicium deduxisse et esse interrupta temporum curricula. And. Mein.: Heffter, System, S. 431, Note 79.

6) Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, V, 355 fg.; Puchta, Dienst deutsch. Justizämter, II, §. 156; Derselbe, Ueber bürgerl. Rechtspflege u. Gerichtsverfassung, S. 72, haben abweichende Ansichten. — Siehe auch Heffter, Institut., S. 278, §. 4; S. 315, §. 8. Puchta, Proceßleitungsamt, S. 32 fg. — Vergl. Schmid, a. a. O., II, 23. Bayer, a. a. O., S. 555 A.

7) Cap. 15 X. de judic. (2, 1). Bayer, a. a. O., S. 555 B.

8) Bayer, a. a. O., S. 556.

von diesen Arten der Decrete im einzelnen Falle gewählt wird, so sind dabei folgende Regeln zu beobachten: 1) Findet das Gericht, daß es unzweifelhaft für den einzelnen Fall incompetent ist, so muß es, ohne tiefer in die Sache einzugehen, stets eine absolutio ab instantia beschließen, weil jede weitere Verfügung wegen seiner Incompetenz null und nichtig sein würde. — 2) Zweifelt dagegen das Gericht noch an seiner Competenz, wiewol es glaubt, daß dieselbe noch könne begründet werden, dann sollte eigentlich ein Prälocut ergehen, worin dem Kläger der Nachweis der Zuständigkeit des Gerichts aufgegeben wird. Allein wenn zugleich noch andere Fehler damit concurriren, dann wird meistens eine absolutio ab instantia vorgezogen unter Beobachtung der Formel: „wenn auch die Competenz des Gerichts begründet werden könnte, so müsse die Klage doch der übrigen Fehler wegen zurückgewiesen werden". — Ist aber 3) die Competenz des Gerichts außer Zweifel, wenigstens kein Grund vorhanden, weshalb daran von Amtswegen zu zweifeln wäre, dann muß vorzugsweise auf unheilbare Fehler des Libells Rücksicht genommen und eine absolutio ab actione erkannt werden, gesetzt auch, daß daneben noch heilbare Fehler vorhanden wären; denn auf diese Weise wird die Zahl der Processe vermindert und werden zwecklose Klagen vermieden. — Sind endlich 4) alle Fehler nur heilbare, so hat der competente Richter die absolutio ab instantia nicht nur wegen der Zuvielforderung der Zeit nach, sondern auch wegen einer subjectiven Klagenhäufung und überhaupt wegen derjenigen Fehler, welche bei Fortsetzung der Sache leicht Verwirrung erzeugen können, auszusprechen, wogegen alle andern Fehler durch ein Prälocut zu rügen sind. — Bei mehren cumulirten Ansprüchen kann nun allerdings der Fall vorkommen, daß ein Theil derselben tadellos angebracht ist, und dann darf die Absolution nur theilweise, rücksichtlich des Fehlerhaften, erfolgen, während im Uebrigen der Grundsatz gilt, daß das Rechtsbeständige durch das Fehlerhafte nicht unzulässig gemacht werden könne [9]). Daher wird z. B. bei einer subjectiven Klagenhäufung die Klage rücksichtlich des einen Beklagten als statthaft zugelassen werden, während sie in Ansehung der übrigen zu besonderer Aus-

9) Reichsdeputationsabsch. von 1600, §. 30.

führung verwiesen wird. In allen solchen Fällen wird aber für die neu anzubringende Klage ein bestimmter Zeitraum nicht festgesetzt, weil es dem Kläger freisteht, auch einen andern Gerichtsstand dafür zu wählen. — In diesem letztern Punkte unterscheiden sich aber davon die Prälocute. Denn da durch sie jeder angefangene Rechtsstreit aufrecht erhalten und nur die Vornahme von Verbesserungen angeordnet wird, so wird dazu dem Kläger ein bestimmter Termin vorgeschrieben, damit der Rechtsstreit nicht unentschieden liegen bleibe, woran allerdings auch der Beklagte ein Interesse haben kann. Dergleichen Prälocute werden nun bei allen solchen heilbaren Fehlern angewendet, die in die vorhin gedachte Classe nicht gehören. Bestände aber der einzige Fehler der Klage in der vom Kläger gewählten Proceßart, und wäre diese unheilbar unzulässig, so wird wol auch vom Gericht selbst die Verbesserung des Fehlers durch Umleitung in das zulässige Verfahren vorgenommen. Namentlich geschieht dies dann, wenn unzulässigerweise im summarischen Processe geklagt wurde, indem für diesen dann der ordentliche Proceß substituirt wird [10]). Allein diese Art der Decretur hat allerdings das Bedenken, daß die Behandlung der Sache im ordentlichen Processe dem Kläger gewisse Nachtheile zuzieht, und das Gericht selten im Stande ist zu wissen, ob die Partei nicht den Mangel des Verfahrens zu heben vermöchte. Richtiger ist es daher, in allen solchen Fällen eine absolutio ab instantia zu erkennen. — Ueberall da aber, wo eine Klage als fehlerhaft behandelt wird, müssen nach einer ausdrücklichen Bestimmung [11]) beim Reichskammergericht die Grunde ausdrücklich angegeben werden, aus welchem sich das Gericht zu einer solchen Maßregel berechtigt hält; dem Advocaten des Klägers aber fallen nicht allein die Kosten des abweisenden Decrets zur Last, sondern er soll auch noch gestraft werden [12]), was am zweckmäßigsten dadurch geschieht, daß er für die Klagschrift seinem Clienten keine Gebühren in Anrechnung bringen darf. — Sollte übrigens der Kläger das die Klage ganz oder

---

10) Arg. L. 110. D. de reg. jur. In eo, quod plus sit, semper inest et minus.

11) Visitationsmemorial von 1557, §. 27.

12) Jüngster Reichsabschied, §. 85.

theilweise zurückweisende Decret für nicht gehörig begründet erachten, so ist dagegen zur Zeit noch keine Appellation zu ergreifen, weil ein solches einseitig ergangenes Decret der Rechtskraft nicht fähig ist (§. 106, II., S. 536 fg.). Es genügt mithin, sich einer einfachen Gegenvorstellung zu bedienen, worin eine Widerlegung der Gründe des Decrets versucht wird, welche aber an das Decendium nicht gebunden ist. Wiederholt dann gleichwol das Gericht jenes Decret, dann steht der Partei eine sogenannte Extrajudicialappellation zu, welche jedoch am sichersten alsbald mit der Gegenvorstellung eventuell so verbunden wird, daß bei deren Einreichung die Beobachtung des Decendiums stattfindet.

IV. (§. 152.) Wenn auch die vorbereitenden Schritte, welche in einem Rechtsstreite geschehen, nicht ohne allen Effect sind — wie z. B. der active Uebergang eines Klagrechts auf den Rechtsnachfolger des Klägers, bisweilen schon durch die bloße Erklärung klagen zu wollen begründet wird [13]) —, so ist doch der eigentliche Beginn des Rechtsstreits in Rücksicht auf seine Folgen weit wichtiger. In der Praxis bezeichnet man diesen Zustand mit dem Namen Rechtshängigkeit [14]) im weitesten Sinne des Worts, und versteht darunter das Rechtsverhältniß, welches zwischen den Parteien während eines wirklich begonnenen und noch unbeendigten Rechtsstreits entsteht und die Folge des Processes ist. Nun konnte nach dem ältern Römischen Rechte [15]) der Beginn des Rechtsstreits mit der Vorladung des Beklagten nicht eintreten, weil diese damals eine einseitige Privathandlung des Klägers war, welche als solche dem Beklagten keine besondern Lasten aufbürden konnte, worauf es doch bei der Litispendenz abgesehen ist. Daher traten diese Consequenzen erst mit der Litiscontestation ein, als einer damals zweiseitigen Proceßhandlung, wobei auch der Beklagte mit thätig war; und diese

---

13) L. 6, §. 2, 7, D. de inofic. testam. (5, 2). L. 8, §. 1, D. de alienat. judic. mutandi causa (4, 7). L. 36, §. 2, C. de inoff. testam. (3, 28).

14) Gesterding, Irrthümer des Rechtsgeb., S. 125 fg. Franke, Archiv für civil. Praxis, XVI, 434 fg. Sintenis, Erläuter., I, 180 fg. Planck, Mehrheit der Rechtsstr., S. 282 fg.

15) v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 246 fg.

Ansicht vom Eintritt der Litispendenz, des eigentlichen Beginnes des Rechtsstreits hat sich selbst im neuern Römischen Rechte erhalten, obgleich damals schon gerichtliche Citationen [16]) üblich waren. Da aber einige einzelne Wirkungen der ältern Litiscontestation theils im Römischen Rechte, theils im Kanonischen und Deutschen Rechte schon gewissen frühern Proceßhandlungen beigelegt sind, so hat man in der Proceßtheorie häufig das Princip aufgestellt, daß das erste Decret auf die Klage (die sogenannte Citation im weitern Sinne) nach heutigem Proceßrechte die nämlichen Wirkungen erzeuge, welche ehemals die Litiscontestation gehabt hatte. Da aber dieser Grundsatz in solcher Allgemeinheit in keinem Gesetze aufgestellt ist, so kann man denselben als durchgreifend nicht betrachten, muß sich vielmehr damit begnügen, die einzelnen Wirkungen [17]) aufzuzählen, welche jetzt allerdings dem ersten Decrete zukommen. Als solche muß man aber betrachten: 1) die Prävention in Ansehung aller Arten von Hauptpersonen des Rechtsstreits, namentlich des einen von mehren concurrirenden Gerichten. Nicht selten gibt es nämlich zwei oder mehre Gerichte, bei welchen die nämliche Sache verhandelt werden könnte, so daß es sich alsdann fragt, welches derselben den Vorzug haben solle. Im Römischen Rechte ist ein solcher Fall theils nicht ausdrücklich erwähnt, theils dessen Entscheidung nicht wohl zu suchen, weil die Litiscontestation der Parteien da nicht in Frage kommen kann, wo nur von den Vorzügen eines Gerichts vor dem andern die Frage ist, und wo mithin Alles auf die frühere Besitzhandlung des einen Gerichts ankommt, welche im ersten Decret schon liegen kann. Daß in einer dergleichen frühern sogenannten anteoccupatio jurisdictionis eine Prävention liege, erkennen auch die Reichsgesetze an (§. 61, S. 372 fg.). 2) Eine weitere Wirkung des ersten Decrets besteht in der Fortdauer [18]) des Gerichtsstandes und der

---

16) Nov. 112, cap. 3, §. 1 — lis non dum coepta sed citatus solum. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 256 fg., 260.

17) Sintenis, Erläuter., I, 145 fg. Höpfner, Beiträge, S. 191. Bayer, a. a. O., S. 557 fg.

18) L. 19, pr. D. de jurisd. (2, 1). L. 7, 30 D. de judic. (5, 1). Cap. 19 X. de foro (2, 2). Cap. 20 X. de offic. et potest. (1, 29);

Gerichtsbarkeit des decretirenden Gerichts als erste Instanz für diese Sache bis zu deren Beendigung; jene in Bezug auf die Parteien, welche später ihren Gerichtsstand etwa verändern, diese aber hinsichtlich des Mandatars einer Gerichtsbarkeit, was namentlich bei den Patrimonialgerichten eintritt, wenn etwa später der Gerichtsherr, der Mandant, verstirbt. Man pflegt die Analogie davon auch auf Justizcommissionen anzuwenden. 3) Mit dem richtig insinuirten ersten Decrete nimmt ferner das Verbot aller Innovationen und Attentate nach Kanonischem Rechte [19]) seinen Anfang. Es soll das soviel sagen, daß weder die Parteien noch die Gerichte eine einseitige Veränderung der factischen Verhältnisse, worin sich die Parteien in Ansehung des Streitobjects befinden, namentlich also auch des Besitzstandes, wie dieser zur Zeit des ersten Decrets gewesen ist, sich früher erlauben dürfen, als eine rechtskräftige Entscheidung erfolgt ist, wenn sie sich nicht Strafen und selbst dem Verluste des verfolgten Rechts aussetzen wollen. Hinreichend begründete provisorische Maßregeln machen hiervon eine Ausnahme [20]). — 4) Hieraus würde consequenterweise schon folgen, wie dies auch bei den Römern bereits verboten war, daß nach dem ersten Decret eine Veräußerung des Streitgegenstandes völlig unzulässig sei. Justinian hat dieses ausdrücklich bei erhobenen Realklagen nicht erst wie im ältern Römischen Rechte von der Litiscontestation an, sondern schon von Zeit der geschehenen in jus vocatio an festgesetzt, sofern über das Eigenthum gestritten wird [21]), indem alsdann auch das Object des Rechtsstreits eine

---

vergl. auch bezüglich der Erben einer Partei, Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 9, §. 6. Deputationsabsch. von 1557, §. 22.

19) Clem. 2, ut lite pend. (2, 5). Cap. 20 X. de offic. et pot. (1, 29). Vergl. mit L. 7 C. de revoc. donat. (8, 56). Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 31, §. 13, 14. Jüngster Reichsabschied, §. 59. Bezüglich des Römischen Rechts: Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 124, S. 374.

20) Gönner, Handbuch, IV, 79, §. 1.

21) Nov. 112, cap. 1; vergl. mit L. 2 C. de litigios. (8, 37). Gesterding, Irrthümer, S. 136 fg. Mühlenbruch, Cession der Forderungsr., §. 31, S. 372. Archiv für civil. Praxis, IX, 406 fg.; XXXV, 431 fg.; XXXVI, 49 fg.

res litigiosa genannt wurde. In Ansehung anderer Klagen ist dies dagegen nicht vorgeschrieben, und namentlich war die Cession einer persönlichen Klage bis zur Litiscontestation erlaubt. Durch die erwähnte Vorschrift Justinian's ist darüber Streit entstanden, inwiefern rücksichtlich anderer als dinglicher Klagen diese ältern Bestimmungen des Römischen Rechts noch jetzt Geltung hätten. Denn wenn man auch annimmt, das ältere Römische Recht sei in dieser Beziehung durch die Novelle nicht abgeändert, dann bleibt immer der Zweifel, ob eine solche Cession nicht ein Attentat und unstatthaft sei, weil dergleichen nach Kanonischem Rechte schon vor der Litiscontestation verboten sind. Man kann daher, zumal auch der Gerichtsgebrauch dagegen spricht, heutigentags dergleichen Cessionen für zulässig nicht erachten, sobald nicht im einzelnen Lande ein neueres Gesetz darüber existirt, welches die Cession gestattet. — 5) Das Recht eine Widerklage[22]) zu erheben, wird schon durch Mittheilung der Klage begründet, und kann daher dem Beklagten nach dem ersten Decret wider seinen Willen nicht entzogen werden, sollte auch der Kläger die Vorklage aufgeben. — 6) Von der Insinuation des ersten Decrets wird auch der böse Glaube[23]) (mala fides civilis) und der Verzug[24]) des Beklagten, wenn dieser künftig den Hauptproceß verliert, gerechnet, so daß der Beklagte von da an die Pflichten eines Verwalters fremden Vermögens hat, was namentlich wegen der Verzugszinsen von Bedeutung ist. Irrig ist es aber, wenn man annimmt, diese Verpflichtung trete schon von Zeit der erhobenen Klage an ein. — 7) Endlich wird durch Insinuation des ersten Decrets die bereits begonnene Verjährung

---

22) Nov. 96, cap. 2, §. 1. Cap. 3, de rescr. in VI[to] (1, 3). Jüngster Reichsabschied, §. 46. Oben §. 56, I., S. 352.

23) L. 20, §. 11; L. 25, §. 2, 7, 11; L. 40 deheredit. petit. (5, 3). Gönner, II, 35. Glück, Commentar, VI, 200 fg.; VII, 545 fg.; VIII, 293 fg.; XVIII, 346 fg. v. Wächter, Erörterungen, III, 108.

24) L. 2, 34, 35 D. usur. (22, 1). L. 82, §. 1 i. f. D. de verb. oblig. (45, 1). Reichsdeputationsabsch. von 1600, §. 139. v. Savigny, System, V, 80 fg., §. 264; VI, 138 fg., und über die entgegengesetzte Ansicht v. Wächter, a. a. O., II, 54; III, 106. — Madai, Von der mora, §. 51, 52.

unterbrochen[25]), und es nimmt eine neue Verjährung, die praescriptio litis pendentis, ihren Anfang, welche nach Römischem Rechte[26]) schon von Zusendung der Klagschrift an datirt wird.

V. Inwiefern diese Wirkungen unter besondern Umständen fortdauernd sich äußern können, kann allerdings zweifelhaft werden, sobald das erste Decret die Klage als eine fehlerhafte behandelt. Daß jedoch auch in diesem Falle die Extinctivverjährung schon durch das erste Decret unterbrochen wurde, sofern dieses nur die Klage dem Beklagten mittheilte und nicht völlig verwarf, kann nach Römischem Rechte nicht zweifelhaft sein[27]), und dabei auch keinen Unterschied machen, ob ein Prälocut erlassen ist, oder eine Zurückweisung von der Instanz erfolgte. Dagegen müssen die sechs übrigen Wirkungen des ersten Decrets sämmtlich hinwegfallen[28]), sobald eine absolutio ab actione oder ab instantia erkannt und dieses in der Appellationsinstanz bestätigt worden ist. Denn in diesem Falle kann nur eine neue Klage wegen desselben Streitverhältnisses erhoben werden; für den neuen Proceß aber gilt weder Prävention noch Verbot von Attentaten und dergleichen mehr, weil jetzt erst ein rechtsbeständiges Verfahren seinen Anfang nimmt. Wäre aber in solchen Fällen ein bloßes Prälocut erlassen, so würden die Fehler der Klagschrift nicht hindern, daß sich alle diese Folgen äußern, wenn nur hinterher den Fehlern abgeholfen wird. Denn bei dieser Art von Decreten bleibt der ursprüngliche Proceß pendent, und wird keineswegs durch die Verbesserungen in einen neuen Proceß verwandelt.

---

25) L. 3 C. de annali exc. (7, 40). L. 2 C. ubi in rem (3, 19). Unterholzner, Verjähr., I, 124, 125. v. Savigny, System des Röm. Rechts, V, §. 242, 243; VI, 248. v. Wächter, Erörterungen, III, 80 fg. — Oben §. 90, S. 482 fg. — Ueber die Acquisitivverjährung: L. 10 C. de acquir. et retin. poss. (7, 32). L. 10 C. de praescr. longi temp. (7, 33). Unterholzner, a. a. O., §. 126, 127. v. Wächter, a. a. O., S. 99 fg., auch 101. Bayer, a. a. O., S. 559.

26) L. 9 C. de praescr. XXX an. (7, 33). Oben §. 90, III., S. 486.

27) L. 3 C. de annal. exc. (7, 40). Unterholzner, a. a. O., S. 442.

28) Gönner, a. a. O., II, 35, §. 5. Archiv für civil. Praxis, XVI, 446 fg. Bayer, a. a. O., S. 565. — Oben §. 61, II., S. 373.

VI. Ebenso zweifelhaft wird die Anwendung jener Folgen, wenn sich an dem ersten Decrete Fehler finden, mögen diese die Abfassung oder die Behändigung desselben betreffen. Zwar möchte auch hier die Unterbrechung der Verjährung, sobald nur die Klagschrift dem Beklagten zugestellt worden ist, unbedenklich erscheinen; in Ansehung aller übrigen Wirkungen aber wird man unterscheiden müssen, ob unheilbare oder heilbare Fehler des Decrets vorliegen, und bei diesen wieder, ob sie wirklich gerügt oder mit Stillschweigen übergangen sind. Denn wegen unheilbarer und wirklich gerügter heilbarer Fehler muß das Decret als gar nicht vorhanden betrachtet werden und folgeweise der gewöhnlichen Wirkungen völlig entbehren. Sind die Fehler hingegen heilbare gewesen und der Beklagte hat freiwillig Folge geleistet, ohne den Fehler irgendwie zu rügen, wie z. B. wenn der Termin zur Antwort auf die Klage zu kurz angesetzt war, so hindern dergleichen Mängel den Eintritt der Folgen des ersten Decrets auf keine Weise.

VII. Endlich kommt die Fortdauer der Wirkungen des ersten Decrets alsdann in Frage, wenn der Proceß liegen geblieben oder nicht gehörig betrieben worden ist. Zwar kann der einseitige Ungehorsam des Beklagten hier, wo es auf das Recht des Klägers ankommt, die Fortdauer der Wirkungen des ersten Decrets nicht hindern; dagegen muß aber wol des Klägers eigene Nachlässigkeit in dieser Beziehung von bedeutendem Erfolge sein. Doch muß man in dieser Hinsicht zwei Fälle namentlich unterscheiden. Ist in dem ersten Decrete eine Tagefahrt angesetzt, damit beide Theile erscheinen, die Klage fortsetzen oder sich vergleichen sollen, beide aber bleiben aus, so gilt schon nach Römischem Rechte[29]) die Citation für circumducirt und der Proceß muß von neuem begonnen werden. Es war dies auch nach Römischem Rechte um so natürlicher, als in dem ersten Termine der zweiseitige Act der Litiscontestation erfolgen sollte. Ob man jedoch diese Vorschrift passend in denjenigen Gegenden anwenden könne, wo im ersten Decret ein bestimmter Tag zur terminlichen Verhandlung nicht angesetzt und wo von einer Wiederholung der Klage nicht die Rede ist, dürfte

29) L. 45, pr. D. de re judic. (42, 1). L. 73, §. 2, D. de judic. (5, 1).

mit Recht bezweifelt werden, weil es keine Pflicht des Klägers gibt, zu einer bestimmten Zeit den Beklagten des Ungehorsams zu beschuldigen, welche hingegen in jenen ersten Fällen allerdings eintritt. Hier würde also vielmehr das Geltung haben, was im zweiten Falle eintritt, wo von einer einseitigen Handlung des Klägers [30]) die Fortdauer des Processes abhängig, und wo es beim Nichteintritt derselben zweifelhaft ist, ob er den Proceß fortsetzen wolle. Dahin gehört unter anderm auch, wenn der Kläger unterlassen hat, das erlassene Prälocut zeitig zu befolgen, indem er z. B. versäumt hat, die noch mangelnde Vollmacht einzureichen. In allen solchen Fällen kann von einer contumacia des Klägers allerdings die Rede sein, allein dadurch wird der anhängige Proceß noch nicht aufgehoben, sondern erst durch ein neues Decret, welches endlich die absolutio ab instantia ausspricht, und mit welchem dann die Folgen des ersten Decrets aufhören. Dieses zu veranlassen ist dem Beklagten [31]), sobald er selbst nur dem Decrete Folge leistete, gestattet.

§. 153—160.

III. Von der Antwort auf die Klage:

a) der Einlassung, b) den Einreden, c) der Widerklage.

I. (§. 153—156.) Dem Beklagten stehen, wenn er dem Anspruche des Klägers nicht Genüge leisten, sondern mit demselben einen Rechtsstreit führen will [1]), nur zwei [2]) Mittel, sich

---

30) L. 73, §. 1, D. de judic. L. 13, §. 2, C. de judic. (3, 1).

31) Cap. 3 X. de dolo et contum. (2, 14).

1) Nov. 53, cap. 3, §. 1. Gesterding, Irrthümer, S. 130 fg. Linde, Abhandl., S. 11, 14.

2) And. Mein.: Gönner, Handb., II, 33, §. 6 fg. Linde, Lehrb., §. 207, welche als besonderes Vertheidigungsmittel die Deduction gegen die Klage betrachten; auch Bayer, Civilproceß (8. Aufl.), S. 569. — Noch anders classificirt die Vertheidigungsmittel: Schmid, Handb., §. 98—101, II, S. 41 fg. Dagegen: Gensler, Vollständiger Commentar (Ausg. von Guyet), zu §. 92, C., II, β auch E.

gegen die erhobene Klage zu vertheidigen [3]), zu Gebote: die verneinende Einlassung auf die der Klage zu Grunde gelegten Thatsachen und der Vortrag von Einreden, wogegen die mit den beiden verbundene Widerklage kein Vertheidigungs-, sondern ein Angriffsmittel ist, vermöge dessen der Beklagte zum Kläger in dasselbe Verhältniß tritt, wie jener zu diesem durch die Hauptklage, indem er sich nicht sowol den Angriff Jenes lediglich unschädlich machen und in seinen Folgen beseitigen, als vielmehr selbst etwas Positives vom Kläger erlangen will. — Die Einlassung [4]) auf die Klage ist heutigentags die bestimmte vom Beklagten vor Gericht abgegebene Erklärung über die Wahrheit der einzelnen [5]) der Klage zu Grunde gelegten Thatsachen (§. 85, III., S. 458; §. 100, V., S. 508). Dieselbe erfolgt bei eigenen oder gemeinschaftlichen [6]) Handlungen bald bejahend, bald verneinend, bei fremden [7]) dagegen mit Nichtwissen. Die bejahende Einlassung aber kann bald eingeschränkt, bald uneingeschränkt erfolgen, und ist dann nach den Grundsätzen zu beurtheilen, welche von der rechtlichen Natur des unumwundenen und bezüglich beschränkten Geständnisses gelten (§. 128,

---

3) Gönner, Handb., II, 32, §. 6 fg. Mittermaier, Gemeiner deutsch. Proceß, II, §. 4, S. 85 fg. Puchta, Proceßleitungsamt, S. 44. v. Savigny, System, V, §. 225 fg. Schmid, a. a. O., §. 97 fg. (II, 27 fg.). Bayer, a. a. O., S. 566—644.

4) Ueber die römische litis contestatio: Heffter, Institut., S. 281, 285, 294 fg. Keller, Litiscontestation u. Urtheil nach class. röm. Recht, S. 18—69. Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 109 u. 118 fg. v. Bethmann-Hollweg, Handb., I, §. 23, S. 260 fg. v. Savigny, System, VI, 8 fg. Keller, Röm. Civilproceß, II, §. 59 fg.; auch Sintenis, Erläut., I, 108 fg. — Ueber die jetzige: Goldschmidt, Litiscontestation u. Einreden, S. 33 fg. Albrecht, Die Exceptionen des gem. Civilprocesses, S. 132 fg. Wächter, Erörterungen, III, 78 fg. Planck, Mehrheit der Rechtsstr., §. 2 u. 3. Bayer, a. a. O., §. 180—184, S. 577.

5) Jüngster Reichsabschied, §. 37, während nach Kanonischem und Römischem Rechte eine allgemeine Einlassung genügte. L. 1 C. de litis contest. (3, 9). Cap. un. X. de litis contest. (2, 5). Cap. 6 X. de juram. calumn. (2, 7).

6) Wernher, IV, observ. 151, no. 539 et 204. Kind, Quaest., III, cap. 40.

7) L. 5 i. f. D. pro suo (41, 10). L. 42 D. de reg. jur. Jüngster Reichsabschied, §. 4. Kind, Quaest. (ed. 2), III, 176, 187.

V., VI.). — Erfolgt die Einlassung, der gerichtlichen Aufforderung dazu ungeachtet, nicht, so wird nach gemeinem Rechte dennoch angenommen, sie sei verneinend erfolgt, wogegen sie, falls sie nicht gehörig erfolgt, als bejahend [8]) bewirkt angesehen wird (§. 85, VII., S. 468). Man unterscheidet daher eine wirklich erfolgte von einer fingirten [9]) Einlassung. Jene erstere ist aber bald eine allgemeine oder eine besondere, welche wiederum entweder gleichförmig oder gemischt ist, bald eine unbedingte oder eine nur eventuelle [10]). Da der Zweck der Einlassung die Feststellung der Streitfrage ist, so muß dieselbe ausdrücklich und so vollständig und bestimmt erfolgen, daß dadurch jener Zweck erreicht wird; es kann daher eine allgemeine Einlassung nur zulässig sein, wenn die Behauptungen der Klage bejaht, wogegen, wenn diese verneint werden, dies in Bezug auf jede einzelne behauptete Thatsache speciell erfolgen muß [11]). Im Uebrigen gilt über die innern Formen der Einlassung das, was bereits oben (§. 100, V., S. 508 fg.) über die Antworten im Allgemeinen gesagt worden ist.

II. Solange im ordentlichen Processe eine Einlassung des Beklagten auf die Klage nicht wirklich erfolgt oder aber als geschehen fingirt worden ist, kann der Kläger ein günstiges Endurtheil nicht erhalten; der Beklagte hingegen könnte, wenn er genügende Einreden vorgetragen hat, auch ohne alle eventuelle Einlassung auf die Klage dennoch den Proceß gewinnen. Man

---

8) Jüngster Reichsabschied, §. 49 a. E. Jedoch dann nicht, wenn sie unterblieb und blos Einreden vorgetragen wurden, wie Gönner, II, Abh. 36, annimmt. Weber, Beiträge zu Klagen, II, 15. Martin, Rechtsgutachten, I, 207. v. Linde, Abhandl., I, 24 fg. Gesterding, Ausbeute, I, 357 fg. Sintenis, Zeitschr. für Civilrecht und Proceß, VI, 447 fg.

9) Diese ist die Folge des Ungehorsams, und es läßt sich nach heutigem Rechte nicht blos durch Schlußfolgerung eine solche herleiten. Cap. 2 de lit. cont. in VI[to] (2, 3). Cap. 6 X. de exc. (2, 25). And. Mein.: Gönner, a. a. O.

10) Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, I, 433. Brandis, Diss. de eo quod in litib. sub condit. fieri debet (Göttingen 1830), §. 26.

11) Jüngster Reichsabschied, §. 37 u. 39. — Ueber das Verfahren bei stillschweigend in der Klage enthaltenen Behauptungen oben S. 465 fg.

kann daher die Einlassung auf die Klage nur als ein bedingtes Essentiale des ordentlichen Processes betrachten. Zwar sollte nach gemeinem Rechte [12]) der Beklagte in der Regel durch Einreden allein sich nicht vertheidigen, sondern mit diesen die eventuelle Einlassung verbindend; allein von dieser Regel gibt es allerdings Ausnahmen, welche ihre Entstehung dem Kanonischen Rechte [13]) verdanken. Hier ist nämlich angeordnet, daß ein Beklagter, welcher die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, des Vergleichs oder des geleisteten Eides (nach Uebersetzung der Glosse exceptio jurisjurandi), vorschützt und behauptet, der jetzige Gegenstand des Rechtsstreits sei schon abgemacht, nicht schuldig sei, sich von neuem auf die Klage einzulassen, solange nicht der Richter diese Einreden verworfen habe. Man nennt daher jene Einreden exceptiones litis finitae. — Auch nach den deutschen Reichsgesetzen [14]) ist diese Theorie beibehalten worden, da die Kammergerichtsordnung dergleichen Einreden unter dem Namen peremtorischer in vim dilatoriarum vorgeschützter Einreden bezeichnet; und es läßt sich nicht behaupten, daß der Jüngste Reichsabschied [15]) in dieser Beziehung etwas geändert habe, weil er es von dem Ermessen des Richters abhängig macht, ob neben den verzögerlichen Einreden die Einlassung auch bereits eventuell vorgeschützt werden müsse, das Ermessen des Richters aber sich nach jener Vorschrift des Kanonischen Rechts richten wird. Deshalb haben auch die meisten Landesgesetzgebungen diese Grundsätze beibehalten, und die Existenz der einlassungshindernden Einreden (exceptiones litis ingressum impedientes), sowie deren nur gedachte Wirkungen ausdrücklich anerkannt; ja es sind den obengenannten Einreden des Kanonischen Rechts noch mehre andere, welchen ein gleicher Erfolg beigelegt worden ist, in Deutschland

---

12) Reichsabschied von 1570, §. 89 u. 90. Reichsabschied von 1594, §. 59, 60 u. 63. Reichsdeputationsabsch. von 1600, §. 117. Jüngster Reichsabschied, §. 40. Martin, Rechtsgutachten, I, Abh. 3.

13) Cap. 1, 2 de lit. contest. in VI^{to} (2, 3).

14) Reichskammergerichtsordnung von 1507, Tit. 4, §. 1; von 1523, Tit. 3, §. 1; von 1527, Th. 3, §. 9; von 1555, Tit. 3, Tit. 24. Reichsabschied von 1570, §. 89; von 1594, §. 59, 63 u. 64.

15) Jüngster Reichsabschied, §. 37, 38 u. 48, „pro arbitrio judicis".

hinzugefügt worden. Dahin gehören zunächst verschiedene dilatorische Einreden, namentlich alle exceptiones fori declinatoriae, ferner die exceptio spolii, welche schon nach Kanonischem Rechte [16]) das Privilegium erhalten hatte, daß man sich vor deren Erledigung mit dem Spolianten in keinen Proceß einzulassen brauche, ein Privilegium, welches die Kammergerichtsordnung anerkennt und kein späteres Reichsgesetz aufgehoben hat. Endlich gehören von den dilatorischen Einreden noch diejenigen hierher, neben denen, wenn sie sich als begründet erweisen, eine eventuelle Einlassung unthunlich oder nutzlos wäre, weil auch in diesen Fällen das richterliche Ermessen eine eventuelle Einlassung nicht erfordern kann. Von den peremtorischen Einreden dagegen haben die Reichsgesetze keine andern, als die im Kanonischen Rechte genannten, zu den einlassungshindernden gezählt. Gleichwol hat man in den Landesgesetzen auch von dieser Classe der Einreden noch mehre, jedoch nur unter der Bedingung hierher gerechnet, daß solche alsbald liquid gemacht werden; denn ist dies nicht der Fall, so werden dieselben auch nach den Landesgesetzen hinter die Einlassung verwiesen.

III. Dieses landesgesetzliche Princip hat nun Gönner [17]) versucht auch schon aus dem gemeinen Rechte herzuleiten, indem er sich auf die Gleichheit der Rechte beider Parteien beruft und daraus folgert, es müsse dem Beklagten ebenso erlaubt sein, seine Einreden im Executivprocesse vorzutragen, wie dies dem Kläger in Ansehung der Klage frei steht, sobald nur die eine Partei ebenso wie die andere ihre Ansprüche sogleich aus Urkunden völlig liquid zu machen im Stande sei, weshalb denn auch anderer als Urkundenbeweis bei den einlassungshindernden

16) Cap. 2, 4 X. de ordin. cognit. (2, 10). Cap. 1 de restit. spoliat. in VI^to (2, 5). Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 8. Gesterding, Ausbeute, III, 118 fg. v. Savigny, Besitz, §. 50.

17) Gönner, Handbuch, IV, 212 fg. Grolmann, Theorie, §. 245. Guyet in der Zeitschr. für Civilr. und Proceß, VII, 437 fg. Schmid, Handb., II, 587. Bayer, a. a. O., §. 202, S. 634 fg. And. Mein.: Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, I, 435 fg.; auch Gesterding, Irrthümer, S. 167 fg.; Gensler im Archiv, I, 453, ohne jedoch übereinzustimmen.

Einreden unzulässig sei. Hieraus würde sich dann ergeben, daß ein doppelter Begriff für einlassungshindernde Einreden angenommen werden müßte, ein engerer und ein weiterer. Der erstere müßte alle dilatorische Einreden bezeichnen, welche der Beklagte bei seiner ersten Vertheidigungsschrift in der Absicht vorschützt, sich von der Pflicht, eventuell auf die Klage sich einzulassen, zu befreien; der letztere hingegen würde nur peremtorische Einreden, welche in gleicher Absicht vorgeschützt werden, jedoch alsbald liquid gemacht werden können, umfassen. Der Unterschied würde darin liegen, daß bei den dilatorischen Einreden dieser Art auf sofortige Liquidität nichts ankommen würde, indem schon die Kammergerichtsordnung [18]) ausdrücklich gestattet, dem Beklagten deshalb Beweis aufzuerlegen, ohne denselben in Ansehung der Beweismittel zu beschränken. Dasselbe ist auch rücksichtlich der Einrede des Spoliums ausdrücklich anerkannt, indem diese nach Kanonischem Rechte [19]) auf jede Art bewiesen werden kann, wenn nur binnen 15 Tagen, von Zeit des Vortrags derselben, der Beweis vom Beklagten angetreten worden ist, gleichviel ob der Kläger auf die Einrede schon geantwortet hat oder nicht. Ja, genau genommen kann man die sofortige Liquidität nicht einmal von den exceptiones litis finitae fordern, weil das Kanonische Recht, welches dieselben so sehr begünstigt, deren Liquidität nicht verlangt, und die deutschen Gesetze sie zu den dilatorischen Einreden zählen, von welchen sie eine sofortige Liquidität nicht voraussetzen. Es würde sich daher das Erforderniß der Liquidität nur auf gewisse peremtorische, die Einlassung hindernde Einreden beschränken, und das läßt sich dann auch nach gemeinem Rechte als ein Grund anführen, weshalb das Ermessen des Richters eine eventuelle Einlassung für unnöthig hält. Dann, wenn die sofort liquiden peremtorischen Einreden zeigen, daß es zwecklos sei, ein weitläufiges Verfahren in diesem Falle einzuleiten, wird der Richter eine Einlassung auf

18) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 26, §. 1. L. 19 C. de probat. (4, 19). Gesterding, a. a. O., II, 175 fg.

19) Cap. 1 de restitut. spol. in VI[to] (2, 5).

die Klage überall nicht verlangen. Diese Theorie würde mit mehren Landesproceßordnungen wol übereinstimmen.

IV. Geht man nun von dieser Ansicht aus, so folgt daraus zunächst, daß keine liquide peremtorische Einrede, welche die Klage nur zum Theil vernichtet, hierher gehören kann, sondern nur solche derartige Einreden, welche den klagbar verfolgten Anspruch nach seinem ganzen Umfange aufheben. Denn alle theilweise Zerstörung des Anspruchs würde die Fortsetzung des Processes im Uebrigen und folglich auch die Einlassung auf die Klage nicht unnöthig machen; eine solche Einrede könnte daher nur als eine einfach peremtorische behandelt werden. Eine weitere Folge dieser Theorie ist aber, daß das Verfahren auf eine zulässige, sofort liquide peremtorische Einrede ganz nach Analogie des Executivprocesses geleitet werden muß. Es muß daher, weil nur Urkundenbeweis zulässig ist, gleich nach Vorschützung der Einrede im Productionstermin, in welchem die der Einrede beigelegten Urkunden dem Kläger zur Anerkennung vorgelegt werden sollen, anberaumt werden. Diesem steht es jedoch frei, die Unstatthaftigkeit solcher Urkunden replikweise auszuführen, auch wol sich durch neue Replikbehauptungen zu schützen, sollte er auch nicht im Stande sein, diese alsbald liquid zu machen. Denn mit solchen muß er hier im ordentlichen Processe gehört werden, weil der Zweck der einlassungshindernden Einreden nicht blos eine provisorische Zurückweisung des Klägers ist, welchen Zweck allerdings die Klagen im Executivproceß haben, sondern hier die Abweisung definitiv geschehen soll, weshalb es dem Kläger freistehen muß, sich auf alle relevante Art und Weise dagegen zu vertheidigen. — In Sachsen pflegt man zu behaupten, daß der Kläger, welcher mit solchen Repliken gehört werden wolle, dieselben in der Klage anticipiren müsse; allein in den sächsischen Gesetzen findet sich eine derartige Vorschrift nicht, und nach gemeinem Rechte fehlt es an allem Grunde zu einer solchen Annahme.

V. Was die Wirkungen der Einlassung bezüglich des Vortrags von Einreden betrifft, so wurde bereits (§. 152) dargethan, daß die wichtigern auf das gehörig insinuirte erste richterliche Decret nach erhobener Klage übergegangen sind. Es bleiben daher nur die Wirkungen, welche der Einlassung bezüglich dem

Vortrage von Einreden eigenthümlich sind[20]), zu erwähnen. Dahin gehört aber 1) die stillschweigende Erstreckung der Gerichtsbarkeit[21]), wenn die Einlassung vor einem unzuständigen Gerichte ohne Rüge des Fehlers erfolgt und die Prorogation an sich zulässig ist. Es ist bereits oben (§. 60, II., S. 370 fg.) ausgeführt worden, daß die Prorogation des Gerichtsstandes, soweit sie überhaupt zulässig, auch durch concludente Handlungen der Parteien erfolgen könne und daß solche nicht erst in der Einlassung auf die Klage heutigentags zu erblicken seien. Es muß daher schon dem Vortrag einlassungshindernder Einreden, welche der Einlassung voranzugehen haben, wenn sie nur nicht fori declinatoriae sind, die Wirkung der stillschweigenden Prorogation um so mehr beigelegt werden, als der Beklagte hierdurch den angegangenen Richter ausdrücklich auffordert, über die vorgeschützten Einreden zu erkennen. Ferner tritt 2) mit dem Vortrag der Einlassung der Verlust[22]) aller dem Beklagten bereits bekannten, ihr nicht vorangeschickten dilatorischen Einreden ein. Denn nach dem Jüngsten Reichsabschiede sollen alle dilatorischen der Einlassung vorangehen und verloren sein, sobald dies nicht geschieht, nicht weniger aber die peremtorischen spätestens zugleich damit vorgetragen werden, indem, wenn dies unterbleibt und die Einlassung ohne den Vortrag von Einreden erfolgt, dadurch überhaupt für den Beklagten das Recht, die verzögerlichen sowol als die zerstörlichen Einreden vorzutragen, verloren geht (§. 97, S. 496). Von der Einlassung auf die erhobene Klage hängt ferner 3) die Transmission der Strafklagen auf die Nachfolger im Klagrechte in activer und passiver Beziehung ab[23]) (§. 92, S. 481);

---

20) Zimmern, a. a. O., §. 126—134 u. 146. Keller, Litiscontest., §. 8 fg. v. Savigny, System, VI, 24 fg. Bayer, a. a. O., §. 186, S. 592 fg. Wächter, Erört., III, 89 fg.

21) L. 4 C. de jurisd. (3, 13). L. 33; L. 50 i. f.; L. 52, pr. D. de judic. (5, 1). Cap. 19 X. de offic. et potest. jud. (1, 29). Sintenis, Erläut., S. 200—205.

22) Cap. 20 X. de sentent. (2, 17). Jüngster Reichsabschied, §. 38. Vergl. auch L. 12, 13 C. de except. (8, 36). v. Linde, Abhandl., I, 35 fg., betrachtet dies als Folge des Zeitablaufs.

23) L. 8, §. 1, D. de fidejuss. et nomin. (27, 7). L. 26, 58 D. de

sodann 4) die bei Procuratoren[24]) behufs der Urtheilsfällung nöthige Begründung des fingirten Eigenthums am Rechtsstreite, wenn die ursprüngliche Partei stirbt und die Reassumtion des Rechtsstreits durch Erben noch nicht erfolgt ist, weshalb nach den Reichsgesetzen die Vollmachten der Procuratoren zugleich mit auf die Erben der Partei gerichtet sein sollen[25]). Endlich aber ist nach der Einlassung 5) die Veräußerung der erhobenen Klage selbst nichtig[26]). Dagegen läßt sich nach heutigem Rechte eine der vertragsmäßigen[27]) ähnliche Verbindlichkeit der Einlassung ebenso wenig beilegen, als man deren Wirkungen dahin ausdehnen kann, daß ein Kläger, welcher mehre correi debendi auf ihre Rate verklagt habe, nach der Einlassung den einen nicht mehr auf das Ganze verklagen dürfe, wenn auch die übrigen erst nach dieser Zeit in Vermögensverfall gerathen

---

oblig. et act. (44, 7). Glück, Comment., VI, §. 503. Franke, Beiträge, I, 42 fg. v. Savigny, System, V, §. 211 u. 230; VI, §. 262. Der passive Uebergang ist davon abhängig bei den Klagen auf Schadenersatz aus Delicten, §. 1 J. de perpet. et tempor. act. (4, 12); Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 9, §. 6; bei der act. ad exhib., wenn der Erblasser dolos gehandelt hat, L. 12, §. 6, D. ad exhib. (10, 4); der active und passive bei der actio injur., §. 1 J. de perpet. et temp. act. (4, 12), L. 13, pr. 28 D. de injur. (47, 10); bei der actio in fact. wegen verhinderter illatio mortui, L. 9 D. de religiosis (11, 7); bei actio de calumniatoribus, L. 14 D. de calumniat. (3, 6); bei den Privat-Pönalklagen, L. 10, §. 2, D. si quis caution. (2, 11). — Ueber den activen Uebergang vergl. noch v. Savigny, V, 63[a], 248[b].

24) L. 22, 23 C. de procurat. (2, 13). Reichskammergerichtsordnung von 1507, Tit. 8, §. 6. Reichsabschied von 1570, §. 100. Reichsdeputationsabsch. von 1600, §. 73. Dapp, Von der Legitimation, §. 63—72. Bayer, a. a. O., S. 596, vergl. mit S. 361. — And. Mein.: Glück, Comment., V, 244 fg. Heffter, System, S. 216. v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 239 fg.

25) Jüngster Reichsabschied, §. 99 u. 100.

26) L. 2 C. de litigiosis (8, 37). Glück, a. a. O., III, §. 236[b]. Mühlenbruch, Cession (2. Ausg.), §. 31, S. 378 fg. Diese Wirkung wird jedoch neuerdings als erloschen betrachtet. Vergl. Zimmermann, Archiv für civil. Praxis, XXXV, 341 fg.; XXXVI, 49 fg.

27) Keller, a. a. O., §. 14, S. 82 fg. v. Savigny, System, VI, 24 fg. Bayer, a. a. O., S. 592, 595. — And. Mein.: Gesterding, Irrthümer, S. 146.

sein sollten [28]). Dagegen ist hier allerdings wieder auf die bereits (§. 39, I., S. 259) erwähnten Folgen einer dolosen verneinenden [29]) Einlassung zu verweisen.

VI. (§. 157.) Der neu aufgefundene Gajus hat Veranlassung gegeben, daß man genauer, als dies in ältern Zeiten möglich war, den Ursprung des Wortes exceptio, die verschiedenen Arten der Einreden [30]) und, wie sich diese Art der Vertheidigung des Beklagten nach älterm römischen Proceßrechte gestaltete, darzustellen im Stande ist. Man hat nun aber auch alles darin Aufgefundene in den heutigen Proceß hinübertragen

---

28) v. Linde, Lehrbuch, §. 207 a. E. Denn L. 51, §. 4, D. de fidejuss. (46, 1); L. 16 C. eod. tit. (8, 41) sind theils älter als die Constitution des Zeno von 474, welche erst die frühern Folgen des Zuwenigforderns aufhob, §. 34 J. de act. (4, 6), theils würde die behauptete Wirkung nur auf den jetzigen Proceß zu beziehen und dann als mutatio libelli der allgemeinen Regel, daß diese nicht unbedingt gestattet ist, unterworfen sein. Vergl. auch Gensler, Vollständ. Commentar (Ausg. von Guyet) zu §. 142. Archiv für civil. Praxis, XVI, 447 fg.

29) Verlust der exc. noxae dationis: L. 1, §. 15, D. si quadrup. pauper. (9, 1), L. 22, §. 4, D. de nox. act. (9, 4); der exc. solut.: Auth. ad L. 4 C. de non num. pec. (4, 30), Nov. 18, cap. 8, v. si quis autem; der exc. benefic. divis.: L. 10, §. 1, D. de fidejuss. (46, 1); der exc. benefic. compet.: L. 67, §. 3, D. pro socio (17, 2); L. 22, §. 1, D. de re judic. (42, 1); doppelter Ersatz bei dem Ableugnen eines Legats für eine pia causa: §. 26 J. de action. (4, 6), §. ult. J. de oblig. quae quasi ex contr. (3, 28), §. 1 J. de poena temere litig. (4, 16); bei der act. ex L. Aquilia: L. 2, §. 1; L. 23, §. 10, D. ad leg. Aquil. (9, 2); L. 4 C. eod. tit. (3, 35), Nov. 18, cap. 8. pr.; bei dem Depositum miserabile: L. 1, §. 1—4, D. depositi (16, 3), §. 17, 23 et 26 J. de action.; bei dem Ableugnen der Handschrift unter dem Schuldschein, oder bei Auszahlung eines Legats: Nov. 18, cap. 8, Auth. cit. C. de non num. pec.; Verlust des Besitzes, wenn bei Realklagen der Besitz: L. 80 D. de reg. jur., oder vom dritten Besitzer das Eigenthum des wahrhaft Berechtigten geleugnet wird: Nov. 18, cap. 10, Auth. ad L. 7 C. qui potior. in pignor. (8, 18); die Pflicht der Beweislast, daß Kläger debite gezahlt habe, wenn der Beklagte bei der condictio indebiti den Empfang dolos leugnet: L. 25, pr. D. de probat. (22, 3).

30) Gajus, IV, §. 116 etc. — Vergl. oben §. 95, S. 492 fg. auch die Note 1 und im Comp. §. 157, Note * genannten Schriftsteller; ferner Bayer, a. a. O., §. 189—200, S. 598 fg.; Becker, Processual. Consumtion, §. 8; Wetzel, System, I, 100.

und theils was irgend einmal im Corpus juris exceptio genannt ist, z. B. die exceptio non numeratae pecuniae als Einrede betrachten, theils die Grenzen der Einreden danach abmessen wollen, ob aus Gründen der Billigkeit gegen das strenge Recht, folglich ausnahmsweise, dem Beklagten durch die Einrede ein Schutz gegen die Klage gewährt werde oder nicht. Allein derartige Behauptungen sind weder der Rechtsverfassung zu Justinian's [31]) Zeit, wo man schon in viel ausgedehnterm Sinne den Namen exceptio gebrauchte, angemessen, noch der heutigen Gerichtsverfassung und dem jetzigen Proceßgange irgendwie entsprechend. — In Deutschland hat man vielmehr vor dem Jüngsten Reichsabschiede den Namen Einrede schon mannichfaltig weiter ausgedehnt, als sich davon im Römischen Rechte irgend eine Spur findet, indem die Reichsgesetze von Einreden gegen Appellationen u. s. w. reden, wovon im Römischen Rechte keine Idee anzutreffen ist. Es bezeichneten vielmehr schon in den ältesten Zeiten die Glossatoren [32]) mit dem Namen einer exceptio oder Einrede jede selbständige Behauptung, vermittelst deren ein Angegriffener sich gegen die Absichten seines Gegners zu vertheidigen sucht. Man bediente sich daher auch sehr häufig dafür des unbestimmten Ausdrucks: defensionales. Der Jüngste Reichsabschied hat nun in §. 37 eine genauere Grenze zwischen Einlassung und Einreden gezogen, indem er zu jener alle Beantwortung derjenigen Thatsachen zählt, welche im einzelnen Falle vorgeschützt werden, um darzuthun, daß die erhobene Klage bei dem Kläger entstehen konnte, und vorschreibt, daß der Beklagte auf diese sich genau einzulassen habe; Alles hingegen, was der Beklagte sonst noch zu seinen Gunsten vorzutragen hat, unter der Benennung d i l a t o r i s c h e r oder p e r e m t o r i s c h e r

---

31) L. 2 pr. D. de except. (44, 1) — exceptio dicta est, quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est; §. 2: Illud tenendum est, omnem exceptionem vel replicationem e x c l u s o r i a m esse, exceptio actorem excludit, replicatio reum. L. 20 eod.; L. 22 D. eod.: Exceptio est conditio quae modo eximit reum damnatione modo minuit damnationem.

32) Vergl. die Glosse zu L. 2, pr. D. de except. L. 27, §. 7, D. de pactis (2, 14).

Einreden zusammenfaßt, und verordnet, daß diese zugleich mit der Einlassung vorgetragen werden müssen, wenn sie nicht präcludirt sein sollen. Hieraus folgt dann, daß der Begriff des Mittelalters festgehalten und jede selbständige Behauptung des Beklagten, mag sie sich auf neue Thatsachen, die nicht zum Klaggrunde gehören, stützen, oder mag es eine bloße Rechtsausführung sein, welche nicht als Antwort angesehen werden konnte, zu den Einreden gezählt worden ist [33]). Daran kann es auch nichts ändern, wenn etwas, was zum Klaggrund gehört und vom Beklagten nur in Abrede gestellt worden ist, von den Römern etwa exceptio genannt worden sein mag, z. B. exceptio non impleti contractus. Denn der Beklagte muß diesen Umstand der Klage in der Einlassung berühren, und hat er ihn geleugnet, so ist von einer Einrede nicht die Frage.

VII. Eine besondere Aufmerksamkeit verdient aber noch der Fall, wenn in der Klagschrift Repliken anticipirt [34]) sind, in der Erwartung, der Beklagte werde gewisse Einreden vorschützen. Häufig pflegt alsdann der Beklagte sich damit zu begnügen, die vorgetragene Replik zu widerlegen, ohne erst die Einrede selbst genügend zu entwickeln; allein dieses Verfahren kann nachher nur zu Verwirrungen Anlaß geben. Man sollte daher in dergleichen Fällen sich niemals abhalten lassen, die vom Kläger bereits beantwortete Exception in gehöriger Form so vollständig vorzutragen, als wäre eine anticipirte Replik gar nicht vorhanden. Ist dieser vollständige Vortrag vorangegangen, dann vergleiche man damit das, was in der Klage anticipirt worden ist, und überzeuge sich, ob darin eine genügende Einlassung auf die Einrede, oder etwa eine einlassungshindernde wahre Replik enthalten ist, und ob die letztere die genügenden Eigenschaften hat. Fehlt es an dem einen oder andern Erfordernisse, so hat der Beklagte nur diesen Mangel zu rügen und

---

33) Ueber die verneinenden Einreden oben §. 95, I., S. 493. Gönner, II, Abh. 34. Archiv für civil. Praxis, I, 275 fg. Reinhardt, Handb. des Proc., §. 125. Sartorius in der Zeitschr. für Civilr. und Proceß, XIII, 416 fg.

34) Martin in Adolph Martin's Jahrb. für Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, I, 194 fg.; II, 298. — Oben §. 85, VI., S. 466.

dessen Verbesserung in der nächstfolgenden Replik zu fordern, ohne etwas Weiteres hinzuzufügen. Sollte aber die anticipirte Replik in jeder Beziehung tadellos sein, dann hat der Beklagte hinterdrein diejenige Duplik vorzutragen, wodurch er sich gegen die Behauptung des Klägers schützen zu können vermeint.

VIII. Einen zufälligen Anhang der ersten Vertheidigung des Beklagten bildet die Widerklage[35]), welche als eigentliche der ersten Vertheidigung alsbald beigefügt sein muß, und dann den Vortheil gleichzeitiger Behandlung mit der Hauptsache bald in den nämlichen, bald in getrennten Acten genießt; als uneigentliche oder Nachklage[36]) voraussetzt, daß ein rechtliches Hinderniß, nicht aber die Willkür des Beklagten die gleichzeitige Verhandlung derselben mit der Vorklage hindert, indem sie z. B.

---

35) Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 100, S. 311 fg. v. Savigny, System, VI, §. 289 u. 290, S. 530 fg. Keller, Röm. Civilproceß, II, S. 218—251. — Goldschmidt, Abhandl., S. 20 fg., Archiv für civil. Praxis, X, 210 fg.; XII, 65 fg. Sartorius, Von der Widerklage (Erlangen 1838). Planck, Mehrh. der Rechtsstr., §. 44, 351. Schmid, Handbuch, §. 102, II, S. 66 fg. Bayer, a. a. O., S. 638 fg. — Das ältere Römische Recht gestattete, wenn eine Forderung als Compensation oder eine actio contraria geltend gemacht werden konnte, das Anbringen von Gegenforderungen vor demselben Richter, ohne daß aber eine gleichzeitige Behandlung stattfand, vielmehr nur die Execution des frühern Processes aufgehalten wurde, bis über diese entschieden war. L. 7, §. 1, D. de compensat. (16, 2). L. 18, §. 4, D. commodati (13, 6). L. 38, pr. D. mandati (17, 1). L. 1, §. 2, D. si pars hered. (5, 4). L. 15 D. de exc. rei judic. (44, 2). L. 1, §. 4, D. qua esent. sine appell. (49, 8). L. 1, §. f., D. de extraordin. cognit. (50, 13). L. 6 C. de compens. (4, 31). Nach Aufhebung der ältern Gerichtsverfassung wurde eine gleichzeitige Geltendmachung gestattet. §. 30 J. de action. L. 14 C. de sentent. (7, 45). L. 5 C. de fruct. et lit. exp. (7, 51). Justinian dagegen verordnete, die etwaigen Gegenansprüche bei dem Richter der Hauptsache geltend zu machen. Nov. 96, cap. 2, §. 1. Nov. 123, cap. 25. Das Kanonische Recht behielt dies bei und verordnete nur dann eine gleichzeitige Behandlung in denselben Acten, wenn die Widerklage vor der Einlassung angebracht wurde. Cap. 1 X. de mut. petit. (2, 4). Cap. 2 X. de ord. cognit. (2, 10). Cap. 3 de rescr. in VI[to] (1, 3). Clem. saepe, de V. S. Ebenso die Reichsgesetze. Kammergerichtsordnung von 1508, Tit. 1, §. 18; von 1555, Th. 3, Tit. 30. Erst der Jüngste Reichsabschied, §. 46, bestimmte, daß es genüge, die Widerklage mit der Exceptionsschrift anzubringen.

36) Glück, Comment., III, 238. Sartorius, a. a. O., S. 404.

von der Entscheidung der Vorklage abhängig ist, dann aber immer noch den Vortheil eines unter Umständen ungewöhnlichen Gerichtsstandes genießt. Ueber die von der Widerklage geltenden Grundsätze ist theils oben (§. 46, I., S. 351), theils im Compendium (§. 158) das Nähere enthalten. — Ueber die Anordnung [37]) der bisher einzeln betrachteten Bestandtheile der ersten Vertheidigung des Beklagten in der Exceptionsschrift ist im §. 159 des Compendiums genügende Anleitung gegeben. Es bleibt daher nur noch über die Antwort im Rescriptsprocesse etwas hinzuzufügen.

IX. (§. 160.) Bei den mancherlei Veranlassungen, in welchen Unterthanen in die Lage kommen, gegen ihre Obrigkeiten Klage zu erheben, sind dem verletzten Unterthan zwei Wege gestattet, um sich gegen dergleichen Beschwerden zu schützen. 1) Fühlt sich der Unterthan durch einen an ihn ergangenen richterlichen Befehl in einem förmlichen Rechtsstreite beschwert, und ist dieser Befehl allein das Object der Beschwerde, so bedient er sich der gewöhnlichen Rechtsmittel; das Gericht aber, über welches Beschwerde erhoben wird, tritt nicht als Gegenpartei des Querulanten auf; es bleiben vielmehr die Parteirollen unverändert. Der Proceßgegner wird daher, wenn er sich nicht etwa selbst durch den Befehl in seinem Rechte gekränkt findet, auszuführen suchen, die angefochtene Verfügung sei in Recht begründet und darum aufrecht zu erhalten. Wäre aber eine solche Verfügung außerhalb eines wahren Rechtsstreits vorgekommen, z. B. in einer Vormundschaftssache, so bedient sich der dadurch Verletzte dagegen der sogenannten Extrajudicialappellation oder Provocation, wie sie das Kanonische Recht nennt; aber auch in diesem Falle bleibt die Obrigkeit in ihren gewöhnlichen Verhältnissen und wird nicht zur Gegenpartei. — Es können aber auch 2) Fälle vorkommen, wo Unterthanen auf Entscheidung wegen widerrechtlicher Verfügungen der Obrigkeit dringen, ohne daß dadurch die Befolgung derselben aufgehalten wird. Hier wird dann der Beamte wirklicher Gegner, und es müßte in solchem Falle wegen dergleichen Klagen der gewöhnliche Proceßgang,

37) Vergl. Bayer, a. a. O., §. 205.

und zwar je nach Beschaffenheit der Sache in der ordentlichen oder summarischen Proceßart eingeleitet werden. Die deutschen Reichsgesetze aber haben für diesen Fall, und zwar eigentlich nur für die Reichsgerichte, angeordnet, daß den Klagen der Landesunterthanen gegen ihre eigenen Landesherren billiger- und zweckmäßigerweise eine präparatorische Verhandlung vorangehen solle, um dergleichen Processe gleich in ihrem Entstehen beizulegen. In dieser Verhandlung besteht der Rescriptsproceß, welcher, wie bereits §. 150, I. erwähnt wurde, seinen Anfang damit nimmt, daß das Obergericht in Form eines Rescripts eine Verfügung an den Beamteten, von welchem die Verletzung ausgegangen ist, erläßt. Wegen Gleichheit der Gründe haben viele Landesgerichte dieselbe Art des Verfahrens dann angewendet, wenn die ihnen untergebenen Staatsdiener aus ähnlichen Gründen in Anspruch genommen werden. — Das eigenthümliche Verfahren in dergleichen Fällen besteht nun in Folgendem: Der auf das erwähnte Decret zu erstattende Bericht, bei welchem der Beamtete noch als solcher auftritt, daher öffentlichen Glauben genießt und nicht als Privatpartei betrachtet werden kann, deshalb auch weder eines Procurators bedarf noch Sporteln zahlt, soll analog den einlassungshindernden Einreden dazu dienen, durch schnell liquide neue Behauptungen oder durch einen Gegenbeweis den Ungrund der erhobenen Beschwerde sogleich auf überzeugende Weise darzuthun. Der angeschuldigte Beamte darf es daher nicht wohl unterlassen, den Inhalt seines Berichts soviel als thunlich mit Acten zu belegen. Dagegen fallen alle Arten von dilatorischen Einreden, sowie die eigentliche Widerklage, gänzlich hinweg, und es kann höchstens auf Bestrafung des Querulanten, wenn dazu genügender Grund vorzuliegen scheint, angetragen werden. Ist dann der erstattete Bericht vom Obergericht geprüft, so erfolgt, wenn der Beklagte sich durch seinen Bericht in der Maße vollständig gerechtfertigt hat, daß eine Widerlegung desselben unthunlich erscheint, alsbald die Zurückweisung der Klage, wiewol auch in diesem Falle die Einreden der Sub- und Obreption nicht ausgeschlossen sind; oder aber es wird vom Kläger eine Gegenerklärung gefordert, dies namentlich dann, wenn Alles auf Thatsachen beruht, die durch den Bericht nicht genügend erwiesen sind. Wenn nun der Kläger diese Thatsachen

bestreitet oder durch jene Einreden eine weitere Erörterung nothwendig macht, so wird ebenso wie dann, wenn der Bericht gleich anfangs sich als ungenügend erweist, der ordentliche Proceß eingeleitet. In diesem letztern Falle sollte nach richtigen Grundsätzen der verklagte Beamte angewiesen werden, erst noch eine förmliche Exceptionsschrift einzureichen, weil es bis dahin nicht allein an einer genauen Einlassung auf die Klage und an einem Präclusivtermine für alle Einreden fehlt, sondern weil ihm als Privatmann nunmehr auch das Recht nicht mehr entzogen werden kann, einfach dilatorische Einreden zu gebrauchen und sich allenfalls einer Widerklage zu bedienen. — Aus diesen Eigenthümlichkeiten des Verfahrens haben einige Processualisten [38]) eine besondere Art des summarischen Processes, jedoch mit Unrecht, abgeleitet, da die nur gedachten Eigenthümlichkeiten dieses Verfahrens sich lediglich auf einige Zwischenverhandlungen beziehen.

§. 161.

IV. Decret auf die Exceptionsschrift.

Die so eingerichtete, rechtzeitig übergebene Exceptionsschrift hat der Richter, ehe er darauf decretirt [1]), einer genauen Prüfung zu unterwerfen. Ist nun die Einlassung auf die Klage nicht blos eventuell mit dem Vortrage nicht unerheblicher, die Einlassung hindernder Einreden verbunden, so wird, wenn sie sich als ungenügend darstellt, oder im Vortrage von Einreden oder der Widerklage sich Unvollständigkeiten finden, in einem Decrete die Verbesserung dieser Fehler, welche genau aufzuzählen sind, angeordnet, dabei aber die Exceptionsschrift dem Gegner zur Nachricht mitgetheilt. Sind dagegen dergleichen Fehler in der Exceptionsschrift nicht enthalten, dann wird dieselbe dem

---

38) Gönner, Handb., IV, Abh. 72.

1) Gönner, IV, Abh. 78, §. 26—32. Mittermaier, Bürgerl. Proc., II, §. 17, S. 115 fg. Weber, Von der Verbindlichk. zur Beweisf., IV, §. 19, S. 61 (Ausg. von Heffter). Puchta, Dienst deutsch. Justizämter, II, §. 173. Bayer, Vorträge (8. Aufl.), §. 206, S. 645 fg.

Gegner, falls nicht vorher ein Termin zur gütlichen Verhandlung der Parteien anberaumt wird, mit der Aufforderung mitgetheilt, binnen einer bestimmten Frist darauf zu repliciren, auf die etwa vorgetragene Widerklage aber zu excipiren. — Ueber die einzelnen Einreden alsbald etwas Bestimmtes auszusprechen ist nicht zweckmäßig, da im Uebrigen die Sache erst noch zum ersten Urtheile instruirt wird, und sonst in Folge der häufig durch solche Verfügungen veranlaßten Rechtsmittel der Proceßgang zu sehr aufgehalten und verwirrt wird. Ausnahmsweise geschieht dies jedoch, wenn die Gültigkeit des Verfahrens davon abhängt, daß einzelnen Einreden abgeholfen werde, z. B. bei der Einrede der mangelnden persona standi in judicio, oder wenn die einzelne Einrede einen Präjudicialpunkt enthält, oder wenn der Zweck der Einrede nur alsdann erreicht wird, wenn ihr alsbald abgeholfen wird. In allen diesen Fällen ist es im Interesse beider Theile, wenn die Verfügung in Form eines bedingten Mandats erlassen wird, wodurch dem Kläger zwar aufgegeben wird, binnen einer bestimmten Frist dem gerügten Mangel abzuhelfen, ihm jedoch auch nachgelassen wird, innerhalb derselben seine etwaigen Einwendungen dagegen geltend zu machen. — Sind aber in der Exceptionsschrift so erhebliche Einwendungen gegen die Klage geltend gemacht, daß sie zur Vernehmlassung gar nicht hätte mitgetheilt werden sollen, oder ist eine eventuelle Einlassung mit irrigerweise als einlassungshindernd vorgetragenen Einreden nicht verbunden, oder der Klaggrund ohne Einreden vorzuschützen, oder einer Widerklage sich zu bedienen, geleugnet, dann erfolgt eine Mittheilung zum Repliciren nicht [2]), sondern im ersten Falle eine Zurückweisung der Klage, im letzten eine Erkenntniß auf Beweis.

---

2) Sieber, Gerichtl. Proc., §. 693. Schmid, Handbuch, §. 103 a. E., II, S. 80.

§. 162.

V. Contumacialverfahren wegen nicht erfolgter oder fehlerhaft abgefaßter Vernehmlassung des Beklagten.

I. In der Kammergerichtsordnung sind zwei Fälle des Ungehorsams [1]), dessen sich der Beklagte in Ansehung der Klage schuldig machen kann, genau von einander unterschieden: 1) die contumacia rei in non comparendo; 2) die contumacia rei in non agendo vel respondendo. Jene setzt voraus, daß der Beklagte in dem peremtorischen Termine, welcher auch bei dem Kammergerichte zur weitern Verhandlung über die erhobene Klage bestimmt zu werden pflegte, gar nicht erschienen war, und es an aller erster Vertheidigung desselben gänzlich fehlte. In diesem Falle [2]) sollte dann der Beklagte mit allen seinen Einreden, welche er zugleich mit der Einlassung auf die Klage hätte vortragen können, gänzlich präcludirt sein; die Einlassung aber sollte als geschehen betrachtet werden. Man hielt es jedoch für zu hart, die Klage als eingestanden anzusehen, deshalb nahm man an, der Klaggrund sei geleugnet und der Kläger nunmehr verpflichtet, den ganzen Grund seiner Klage darzuthun, sofern nicht einer der Fälle vorliegt, in welchen der

---

1) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 43, §. 4; Th. 3, Tit. 41. Jüngster Reichsabschied, §. 36. Glück, Commentar, III, §. 257. Linde, Abhandl., I, 23 fg. Schmid, Handbuch, §. 103, II, S. 73 fg. Bayer, a. a. O., §. 207—212, S. 647 fg. — Ueber die Vorschriften des Römischen und Kanonischen Rechts: Nov. 96, cap. 3. Cap. 3 X. ut lite non cont. (2, 6). Cap. 9 X. de dolo (2, 14). Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 136 u. 151. v. Bethmann-Hollweg, Handb., §. 26 u. 27. Heffter, Institut., S. 32 fg. Sartorius, Zeitschr. für Civilr. und Proceß, XVII, 3 fg. Ueber das ältere deutsche Recht: Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch., II, §. 383; III, §. 460; IV, §. 575. Maurer, Gesch. des altgerman. Gerichtsverf., §. 151. Ueber den Reichskammergerichtsproceß: Schmelzer, Contumacialproceß ꝛc., §. LIII fg., S. 20 fg.

2) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 43, §. 4. Jüngster Reichsabschied, §. 36. Bayer, a. a. O., §. 207, S. 647 fg.

Beklagten, auch wenn er leugnet, die Beweislast obliegt [3]). Von selbst versteht es sich aber auch in diesem Falle, daß das Gericht von Amtswegen den Rechtsbestand der Klage prüfen und dieselbe folglich noch alsbald verwerfen muß, wenn sie im Wesentlichen fehlerhaft erscheint. — Anders verhält es sich hingegen bei der zweiten Art des Ungehorsams [4]), wo der Beklagte sich zwar allerdings im Termin eingefunden und schriftlich auf die Klage geantwortet, in der Weise aber, wie er es gethan, gefehlt hat. Die Entscheidung eines solchen Falles enthält zwar die Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 41, ausdrücklich; allein die einschlagenden Bestimmungen sind durch die Fassung der Stelle so dunkel und ungenügend, daß sich über deren Auslegung vielfältig Streit erhoben hat, zumal auch im Jüngsten Reichsabschiede hieran nichts geändert worden ist. Man muß daher Folgendes als Richtschnur annehmen: Das Kammergericht ging von dem Grundsatze [5]) aus, daß nach versäumter peremtorischer Aufforderung der Beklagte pro confesso et convicto zu achten sei, ohne die einzelnen Fälle seines Ungehorsams genau zu unterscheiden. Da sich jedoch diese Annahme mit den allgemeinen Principien des gemeinen deutschen Rechts über die Folgen der Contumaz nicht vereinigen läßt, so kann die Ansicht des Kammergerichts in dieser Richtung als Quelle des gemeinen Rechts nicht dienen. Es sind vielmehr diejenigen Grundsätze festzuhalten, welche im Compendium (§. 162, B.) für diesen Fall als maßgebend mit genügender Vollständigkeit vorgetragen worden sind.

---

3) Glück, Commentar, III, §. 257, S. 516. Cap. un. de eo qui mittitur in VI^to (2, 7).

4) Kammergerichtsordnung, Th. 3, Tit. 41. Bayer, §. 208 fg. S. 652 fg. Ueber die Folgen der Vernachlässigung der Proceßpolitik vergl. den Rechtsfall bei Weber, Verbindlichk. zur Beweisführung, VI, §. 36.

5) Schmelzer, Contumacialproceß ꝛc., §. LIII fg.

§. 163 und 164.

VI. Replik.

Weder die Kammergerichtsordnung noch der Jüngste Reichsabschied haben von der Einrichtung der Replikschrift [1]) vollständig gehandelt; man könnte daher zweifelhaft sein, ob ein Kläger auch schuldig sei, auf die Thatsachen der einzelnen Einreden sich einzulassen und ob er alle seine wahren Repliken in dieser Schrift bei Strafe des Ausschlusses vorzutragen habe. Indeß wird dies nach dem Gerichtsgebrauche nicht bestritten, wie es sich denn auch aus dem theoretischen Grunde rechtfertigen läßt, daß jeder Kläger in Bezug auf die vorgeschützten Einreden die Rolle des Beklagten zu übernehmen [2]) habe, so daß folgeweise in dieser Beziehung die Vorschrift des Jüngsten Reichsabschiedes, §. 37, anzuwenden sei. — Dagegen ist es in den Reichsgesetzen [3]) dem Kläger allerdings zur Pflicht gemacht, die Beweise für den geleugneten Klaggrund, besonders wenn sie in Urkunden bestehen, gleich der Replikschrift beizufügen; allein diese Vorschrift wird in der Praxis nie befolgt, namentlich weil für den Fall, wenn sie nicht befolgt wird, in §. 47 des Jüngsten Reichsabschiedes ein Rechtsnachtheil dem Kläger nicht gedroht ist, und es deshalb keinen Erfolg haben würde, wenn man den Kläger darüber zur Verantwortung ziehen wollte. Man läßt daher eine solche Auflage bis zur Abfassung des ersten Urtheils ausgesetzt sein, weil in diesem ohnehin eine Beweisfrist vorgeschrieben werden muß. — Im Uebrigen ist rücksichtlich der Materialien und der Anordnung der Replikschrift lediglich auf das Compendium zu verweisen.

---

1) Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 274. Schmid, Handbuch, II, 80 fg., §. 104. Bayer, a. a. O., §. 213, S. 663 fg. Ueber den röm. Begriff vergl. noch Puchta, Institutionen, II, 156. v. Savigny, System, V, 189 fg. Wetzel, System, I, §. 18.

2) L. 1 D. de except. (44, 1). Oben §. 85, IV., S. 460. — Vergl. Gönner, Handbuch, I, Abh. 23.

3) Jüngster Reichsabschied, §. 35, 45, 47, 48 u. 52. Gönner, a. a. O., II, Abh. 40. Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, I, 120 fg. Goldschmidt, Abhandl., S. 57 fg.

§. 165 und 166.

VII. Decret auf die Replik und VIII. Ungehorsam des Klägers im Repliciren.

I. Das Decret [1]) auf die Replikschrift ist im Wesentlichen nach den Regeln einzurichten, welche für das Decret auf die Klage und bezüglich für das auf die Einredeschrift gelten. Der Richter hat zunächst zu prüfen, ob die Einlassung auf die Einreden und die etwaige Widerklage vollständig und deutlich erfolgt ist, ob auch der Vortrag von Repliken im eigentlichen Sinne keine Mängel enthält, und verfügt, je nachdem dies der Fall ist oder nicht, entweder die Verbesserung der Fehler unter Mittheilung der Schrift an den Beklagten zur Nachricht, oder die Auflage an diesen auf die thatsächlichen Behauptungen der Repliken zu antworten, und in Bezug auf diese etwaige Dupliken, in Bezug auf die Widerklage etwaige Repliken innerhalb einer bestimmten Frist vorzutragen und zum Urtheile zu beschließen. Hat der Klager im Replikſatze zum Urtheile nicht beschlossen [2]), so wird dies von Amtswegen insoweit angenommen.

II. Was aber die Nachtheile einer unbemerkt zugelassenen Klagänderung [3]) betrifft, so bestehen diese nicht nur in Zweifeln darüber, ob die alte Klage fortdauern und die neuerhobene nur damit cumulirt sein solle, sondern auch in dem Mangel eines bestimmten Präclusivtermins für die Einreden des Beklagten gegen die neue Klage, da in dieser Beziehung eine erste Ladung nicht vorhanden ist, man also Gefahr läuft, daß der Beklagte

---

1) Oeltze, Anleitung, §. 135—140. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 176. Schmid, II, 83 fg., §. 105. Bayer, a. a. O., §. 214, S. 667.

2) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 15, §. 3; Tit. 26, §. 3. Jüngster Reichsabschied, §. 55 u. 81.

3) Oben §. 103, IV., S. 523 fg. Schmid, Handbuch, II, 107 fg., §. 113. Sintenis, Erläut., I, 207 fg. Bayer, a. a. O., §. 171, S. 549 fg. Seuffert, Archiv der Entsch., I, Nr. 364; V, Nr. 314; VIII, Nr. 95; XX, Nr. 335.

noch später Einreden nachbringen werde, welche als präcludirt nicht angesehen werden könnten. Hierzu kommt endlich, daß dergleichen Klagen selten gehörig vorgetragen sein werden, weil sie nur versteckt vorgebracht wurden. Aus diesen Gründen sollte jede Klagänderung in der Replik von Amtswegen durch das nächste Decret zur besondern Verhandlung verwiesen werden, und dies nicht blos dann, wenn die neue Klage unvollständig vorgetragen ist. — Wäre dies aber nicht der Fall, so müßte zuvörderst der Kläger zu einer Erklärung darüber veranlaßt werden, ob er auf die ursprünglich angestellte Klage verzichten wolle, und wenn er dies bejaht, in die bisherigen Kosten verurtheilt, daneben aber ein Decret erlassen werden, welches den Beklagten nicht zum Dupliciren, sondern zum Excipiren auf die neue Klage auffordert. — Sollte aber das Gericht diese Proceßleitung vernachlässigt haben, oder, wie in Sachsen, sie anzuwenden nicht im Stande gewesen sein, so ist es Sache des Beklagten, im Eingang seiner Duplikschrift eine solche Anmaßung des Klägers zu rügen und zu dem Ende die neuentstandene dilatorische Einrede vorzuschützen, daß hier eine Klagänderung widerrechtlich versucht worden sei. Nachdem diese Einreden ausgeführt worden, würde derselbe um Zurückweisung der neuen Klage zu bitten und ohne auf dieselbe sich einzulassen, dann seine Duplikschrift folgen zu lassen haben. Will jedoch der Beklagte zur Abkürzung der Sache auch die neue Klage beantworten, so muß im ersten Abschnitte die eigentliche Duplikschrift, welche die ältere Klage betrifft, zunächst völlig beendet sein, ehe in der zweiten Abtheilung eine vollständige Exceptionsschrift vorgetragen wird. Eine conclusio in causa erfolgt dann natürlich noch nicht.

III. Hat sich der Kläger bei Fortsetzung der Klage oder bei Verhandlung der Replikschrift einen Ungehorsam [4]) zu Schulden

---

4) Nov. 112, cap. 3, pr. §. 1, 2. Cap. 1 de dolo in VI^to (2, 6). L. 13, §. 2; L. 15 C. de judiciis (3, 1). Puchta, a. a. O., §. 176. Glück, Commentar, III, §. 258. Auch sind durch die Reichsgesetze diese Vorschriften aufgehoben. Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 42, §. 2. Jüngster Reichsabschied, §. 44. And. Mein.: v. Linde, Lehrbuch, §. 230, Note 8. Dagegen Schmid, a. a. O., S. 84. Bayer, a. a. O., §. 215, S. 668 fg.

kommen lassen, so sollte nach Römischem Rechte eine dreimalige Aufforderung in Fristen von 30 zu 30 Tagen an ihn ergehen, und dann noch ein Jahr gewartet werden, ehe in der Sache selbst auf Antrag des Beklagten vom Richter Verfügung getroffen werden konnte. Das Kanonische Recht und die deutschen Reichsgesetze erwähnen die letztgedachte Frist nicht, haben jedoch im Uebrigen die Grundsätze des Römischen Rechts über die Folgen des Ungehorsams des Klägers angenommen. Danach wird aber der Kläger im Falle des Ungehorsams nicht allein mit der Replikschrift präcludirt, sondern auch entweder der Beklagte von der Instanz entbunden oder, sei es nun, daß Beklagter auf einseitige Fortsetzung der Sache anträgt und zu dem Ende durch fernere gewöhnliche [5]) Verhandlungen den Richter vom Unrecht des Klägers zu überzeugen sucht, sei es, daß das Gericht die Sache alsbald zur Fällung des Endurtheils reif findet, das nach Lage der Sache Erforderliche in einem Erkenntnisse ausgesprochen. Wird alsbald endlich erkannt, so wird zur Anhörung des Erkenntnisses Ladung erlassen. In der Sache selbst sind die allgemeinen Regeln [6]), welche für die Abfassung von Erkenntnissen maßgebend sind, zu befolgen, weshalb denn auch unter Umständen zu Gunsten des Ungehorsamen erkannt werden kann; in jedem solchen Falle aber trifft den Ungehorsamen die Pflicht des Kostenersatzes.

§. 167 und 168.

IX. Duplik, X. Decret darauf.

I. Da der Zweck der Duplikschrift [1]) als solcher lediglich dahin geht, die im Replikvortrage enthaltenen Einwürfe gegen die Exceptionsschrift zu widerlegen, so folgt daraus für diesen Vortrag die allgemeine Regel, daß darin auch keine neuen auf

---

5) Cap. 3 X. de dolo et contum. (2, 14).

6) L. 73, pr. D. de judic. (5, 1). Vergl. L. 73, §. 3 D. eod.

1) §. 1 J. de replicat. (4, 14). Rursus interdum evenit, ut replicatio, quae prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, quae duplicatio vocatur. Puchta, Dienst

die Klage sich beziehenden Einreden vorgetragen werden dürfen, vielmehr jede Duplik im engern Sinne auf eine bestimmte Replik sich beziehen muß. Als Ausnahmen jener Regel sind nur noch die Fälle, wo dem Beklagten neuaufgefundene Einreden [2]) gegen die Klage zu Gebote stehen, oder wo der Kläger eine Klagänderung in der Replik versucht, und der Richter diese ungerügt zugelassen hat, zu betrachten. In Bezug auf die erstern hat der Beklagte, daß solche neuerdings aufgefunden worden sind, eidlich zu erhärten, in Bezug auf die letztern aber, die Einrede der Klagänderung an die Spitze seines Vortrags zu stellen und um Zurückweisung der neuen Klage, bezüglich doch Erstattung der bisherigen Kosten, zu bitten. Im Uebrigen wird der Beklagte bei der Duplikschrift die Regeln zu befolgen haben, welche dafür im Compendium gegeben worden sind.

II. Auch rücksichtlich des Decrets auf die Duplikschrift [3]) enthält das Compendium die allgemeinen Regeln. Zu gedenken bleibt nur noch, daß wenn der Beklagte sich an der Duplikschrift, welche in der Regel das erste Verfahren beendigt [4]), versäumen sollte, und in der Replikschrift nichts erhebliches Neue vorgetragen ist, der Richter den Beklagten, welcher sich diesen Ungehorsam, dreimaliger Aufforderung in Fristen von 30 zu 30 Tagen ungeachtet, zu Schulden kommen läßt, mit der Duplik zu präcludiren und die Sache von Amtswegen als zum Urtheile beschlossen anzusehen hat [5]), was im summarischen Processe schon nach der ersten Frist geschehen kann. Macht hingegen der Replik-

---

deutscher Justizämter, II, §. 175. Schmid, Handbuch, II, 89, §. 106. Bayer, a. a. O., §. 216, S. 671. — Ueber die Ordnung des Vortrags vergl. noch Danz, Ordentl. Proceß, §. 209; Oelze, Anleit. zur Praxis, §. 136, 140—146; auch Bergmann, Einleit. in die Praxis, S. 278 fg. (2. Ausg.).

2) Jüngster Reichsabschied, §. 78.

3) Gönner, Handbuch, I, Abh. 7. Puchta, a. a. O., §. 176. Schmid, a. a. O., §. 208. Bayer, a. a. O., §. 217, S. 673 fg.

4) Gemeiner Bescheid des Reichskammergerichts vom 13. Dec. 1659, §. 4, im Corp. jur. cam. von 1724, S. 901.

5) Arg. Auth. Jubemus C. de judic. (3, 1). Nov. 115, cap. 2. Heffter, Institutionen, S. 301. — Clem. 2, de V. S. (5, 11). Vergl. oben §. 102, S. 517 fg

vortrag eine Einlassung des Beklagten nothwendig, so treten auch hier die Regeln ein, welche für den ersten Ungehorsam des Beklagten oben (§. 162) aufgestellt worden sind.

§. 169—171.

XI. Verhandlungen nach dem Actenschlusse.

I. Regelmäßig wird nach erfolgtem Actenschlusse entweder alsbald mit dem Decrete, worin dieser erkannt wird, das erste Urtheil in Form eines Decisivdecrets damit verbunden, oder das Urtheil gesondert abgefaßt und eine Ladung an die Parteien erlassen, durch welche sie aufgefordert werden, an einem bestimmten Tage vor Gericht zu erscheinen und gegen Erlegung der berechneten Sporteln die Eröffnung des Urtheils anzuhören [1]), wobei zugleich für den Fall des Nichterscheinens Rechtsnachtheile angedroht werden, namentlich daß das Erkenntniß dennoch werde eröffnet, oder die Eröffnung als geschehen werde angesehen werden. Irrig ist es jedoch, wenn man in der Praxis ziemlich allgemein annimmt, daß eine richterliche Sentenz nicht eher den Parteien eröffnet zu werden brauche, als bis die Gebühren dafür erlegt seien, indem diese Annahme den Vorschriften des Römischen Rechts [2]) geradezu widerspricht.

II. Die Aufhebung [3]) des Actenschlusses wird veranlaßt durch Mängel in der bisherigen Instruction der Sache; durch ein erst nach dem Actenschlusse eingetretenes oder doch der Partei erst bekannt gewordenes neues Vertheidigungs- oder Angriffsmittel; durch eigentliche in der Duplikschrift vom Beklagten vorgetragene Dupliken. Ist durch die seitherigen Verhandlungen die Streitfrage nicht hinreichend aufgeklärt worden, so kann in diesem Falle nur der Richter den Actenschluß, und zwar von Amtswegen, wieder auf-

---

1) Arg. Cap. 5 de sent. et re jud. in VI^to (2, 14). Clem. 2, de V. S. (5, 11). Danz, Ordentl. Proceß, §. 225.

2) L. 4, pr. C. de sportulis (3, 2).

3) Schmid, Handbuch, II, 94 fg., §. 108.

heben. Zu dem Ende wird in einem Decrete das Mangelhafte einzeln aufgezählt und dessen Verbesserung angeordnet, auch für den Fall des Ungehorsams eine Strafe oder ein Rechtsnachtheil angedroht, mitunter auch ein Termin anberaumt, um in diesem die Parteien über die fraglichen Punkte zu Protokoll zu vernehmen [4]). — Ist dagegen ein Ereigniß, welches den Parteien neue Angriffs- oder Vertheidigungsmittel darbietet, nach dem Actenschlusse entweder erst eingetreten oder doch den Parteien erst bekannt geworden, dann erfolgt die Aufhebung des Actenschlusses nur auf Antrag [5]) der Parteien. Es muß dann von dem Antragsteller, welcher auf diese Weise ein weiteres Verfahren veranlaßt, bescheinigt werden, daß er von der Thatsache, auf welche sich sein Antrag stützt, erst jetzt Nachricht erhalten habe; auch wird ihm wol ein Calumnieneid vom Richter auferlegt [6]). Der Vortrag selbst bildet dann einen Nachtrag zur Exceptionsschrift oder Replikschrift und veranlaßt regelmäßig nur noch einen Vortrag des Gegners. Diese Schriften haben ganz dieselben Erfordernisse wie die nur genannten, und heißen Triplik und Quadruplik. — Wenn endlich eigentliche in der Duplikschrift vorgetragene Dupliken [7]) eine Aufhebung des Actenschlusses nöthig machen, weil eine Einlassung auf diese nothwendig ist, alsdann kann die Aufhebung des Actenschlusses sowol vom Richter verfügt, als von den Parteien beantragt werden. Auch hier wird eine Triplik des Klägers regelmäßig, eine Quadruplik des Beklagten nur ausnahmsweise dann veranlaßt werden, wenn der Beklagte über die Tripliken des Klägers noch zu hören ist. Für

---

4) Cap. 10 X. de fide instrum. (2, 22) — non obstante quod ipsa interrogatio facta fuerit, postquam a partibus exstitit in causa conclusum. Cap. 1 de judic. in VI[to] (5, 1). Jüngster Reichsabschied, §. 1. Gönner, Handbuch, I, Abh. 20, §. 15.

5) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 23, §. 6. Danz, Ordentl. Proceß, §. 212 fg. — Ein Beispiel in Bergmann, Einleit. in die Praxis, S. 302 fg. (2. Ausg.).

6) Jüngster Reichsabschied, §. 78, „oder daß er, Beklagter, seines neuen Einbringens vorhin nicht Wissenschaft gehabt, sondern erst in Erfahrung gebracht und solches auch eidlich erhalten hätte". Reichskammergerichtsordnung von 1555, a. a. O. Gönner, II, Abh. 33, §. 15.

7) Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 178, S. 158.

die hierbei vorkommenden Decrete, sowie für die Schriften selbst gelten die für die Exceptions- und Replikschrift aufgestellten Grundsätze.

§. 172.

XII. Erstes Urtheil.

1) Einleitung.

I. Den Schluß des ersten Verfahrens bildet das erste Erkenntniß [1]). Während die Römer nur einerlei Art von Erkenntnissen hatten, welche allein sie sententias nannten, und wodurch das streitige Rechtsverhältniß, also die Hauptsache [2]), höchstens unter der Bedingung [3]) eines noch vorzunehmenden processualischen Schrittes, namentlich eines Eides, definitiv entschieden wurde, haben wir in Deutschland mehre Erkenntnisse, selbst bei jeder Stufe der Gerichte, bei jeder Instanz, mit Ausnahme der Executionsinstanz. Die Erkenntnisse charakterisiren sich aber dadurch, daß sie niemals auf einen blos einseitigen Parteivortrag erfolgen, sondern daß sie alle ein vorhergegangenes Wechselgehör zwischen beiden Parteien voraussetzen, gleichviel ob dasselbe in der That stattgefunden hat, oder aber zufolge eines gehörigen Contumacialverfahrens als vorhanden fingirt werden kann (§. 106, II., S. 536 fg.). Die Erkenntnisse wiederum zerfallen ihrem Inhalte nach in zwei wesentlich von einander verschiedene Hauptarten: in die Vorbescheide oder Beiurtheile und die Endurtheile. Vergessen darf man dabei aber nicht, daß oft mehre Streitfragen bei Abfassung des nämlichen Urtheils vorkommen, eine Mischung beider Arten von Er-

---

1) Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 182—189. Danz, Ordentl. Proceß, §. 216. Schmid, Handbuch, II, 123 fg., §. 114. Planck, Beweisurtheil, S. 160 fg., 234 fg. Bayer, Vorles. über Civilproceß (8. Aufl.), §. 218, S. 676 fg.

2) L. 19, §. 1, D. de recept. (4, 8). Dicere autem sententiam existimamus eum, qui ea mente quid pronunciat, ut secundum id discedere eos a tota controversia velit. L. 3, 11 C. de sentent. et interloc. (7, 45). v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 272.

3) L. 15 C. de sentent. (7, 45).

kenntnissen daher dann häufig eintritt, wenn nicht alle Streitpunkte gleichweit in der Instruction [4]) gediehen sind.

II. Alle Vorbescheide (§. 116, I., S. 535) setzen aber voraus, daß noch rechtliche Hindernisse vorhanden sind, welche ein definitives Erkenntniß in dieser Sache noch zur Zeit unzulässig erscheinen lassen; sie zählen daher diese Hindernisse auf, bestimmen, welche Rechte und Pflichten den Parteien in Beziehung auf Beseitigung dieser Hindernisse zustehen, und setzen endlich eine bestimmte Zeit fest, binnen welcher es den Parteien obliegt, den erwähnten Pflichten nachzukommen. Sollten neben dergleichen Hindernissen auch schon einige Punkte sich finden, deren Erfolg sich erst künftig bei dem Endurtheile zeigen wird, so wird in dieser Beziehung im Vorbescheide nur erklärt, daß es dabei vor der Hand sein Bewenden habe, z. B. bei einem eingestandenen theilweisen Compensationsposten, während die Klage im Ganzen genommen noch nicht eingeräumt ist. Denn durch eine solche Aeußerung will das Gericht nur zeigen, daß es den fraglichen Umstand nicht übersehen habe, ihn vielmehr nur bis zum Enderkenntniß auszusetzen für nöthig erachte.

III. Die endlichen Erkenntnisse dagegen (§. 112, S. 545 fg.) gehen von der Voraussetzung aus, daß der endlichen Entscheidung ein Hinderniß nicht im Wege stehe, und daher alles weitere Verfahren unnöthig und unzulässig geworden sei. Dem Inhalte nach zerfallen aber diese Endbescheide in die zwei bekannten Arten: in diejenigen, welche dem Kläger günstig sind (sententia condemnatoria), worin dann zugleich festgesetzt werden muß, wie viel und auf welche Weise es der Beklagte dem Kläger zu leisten verbunden ist; und in diejenigen zu Gunsten des Beklagten (sententia absolutoria), durch welche bald nur ein Theil, bald die ganze Forderung des Klägers, und

4) L. 1, §. 5, D. quando appell. (49, 4). Sane quidem non est sub conditione sententia dicenda. L. 37, pr. D. de excusat. (27, 1). Can. 29, §. 1, caus. 2, qu. 6. — L. 11 C. de sent. (7, 45). Cum judex in definitiva sententia jusjurandum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oportet, hujusmodi sententiam nullam vim obtinere palam est. Vergl. Bayer, a. a. O., S. 409 fg. Weber, Von der Verbindl. zur Beweisf., VI, §. 37, S. 163 fg. (Ausg. von Heffter).

zwar entweder für immer (absolutio ab actione) oder hingegen nur auf Zeit (absolutio ab instantia) zurückgewiesen wird. Hieraus ergibt sich denn schon, daß es auch gemischte Enderkenntnisse geben muß, durch welche der Beklagte theils verurtheilt, theils losgesprochen wird. — Beiderlei Arten von Erkenntnissen, die definitiven sowol als die Zwischenerkenntnisse, haben die bekannten Erfordernisse eines richtigen Syllogismus. Die Fehler aber, welche bei dieser Gelegenheit begangen werden können, classificiren sich in formelle und materielle, von denen die erstern gegen die Form der Abfassung und Bekanntmachung aller Erkenntnisse anstoßen (§. 107—109, S. 540); wogegen die letztern die Sache selbst betreffen, und sich, je nachdem sie den Obersatz, den Untersatz oder die Conclusion betreffen, unterscheiden.

IV. Bei den Fehlern gegen den Obersatz des Syllogismus, d. h. mit andern Worten, bei den Fehlern gegen die Rechtstheorie, welche auf den einzelnen Fall Anwendung leiden muß, hat das Römische Recht einen Unterschied gemacht zwischen Erkenntnissen, welche gegen die Rechtsvorschriften [5]) an sich (jus in thesi) verstoßen, und solchen Erkenntnissen, welche nur sonst in Rücksicht der Rechtstheorie fehlerhaft sind und nach den Ausdrücken der Gesetze nur das jus litigatoris [6]) betreffen. Im Resultat ist dies allerdings auch bei den erstern, welche ja nur um der Partei willen die Rechtstheorie anführen, der Fall; in den Folgen aber zeigt sich eine wesentliche Verschiedenheit. Denn während die eigenthümliche Folge einer sententia contra jus in

---

5) L. 32 D. de re judic. (42, 1). L. 19 D. de appell. L. 1, §. 2, D. quae sent. sine appell. (49, 8). L. 2 C. quando provocare (7, 64). Cap. 1, 13 X. de sent. et re judic. (2, 27). Gönner, Handbuch, III, Abh. 64, §. 23 fg. Klüpfel, Ueber einzelne Theile des bürgerl. Rechts, S. 114—127. Hefftер, Institutionen, S. 254 fg. v. Grolmann, Theorie, §. 218, Note *. Gesterding, Ausbeute, III, 142.

6) L. 1, §. 2, D. quae sent. sine appell. (49, 8). Contra constitutiones autem judicatur cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronuntiatur. Vergl. L. 27, 30 D. de re judic. (42, 1). L. 19 D. de appell. (49, 1). L. 2 C. quando provocare (7, 64). Nov. 113, cap. 1, §. 1. Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 167, S. 498. Franke im Archiv für civil Praxis, XIX, 379.

thesi in einer Nullität besteht, müssen die Erkenntnisse contra jus litigatoris, welche für die Parteien ebenso schädliche Folgen haben, binnen zehn Tagen durch Einwendung von Rechtsmitteln angefochten werden, widrigenfalls sie die Rechtskraft beschreiten und dann als Specialgesetz [7]) zwischen den Parteien gelten. Es ist daher nöthig, die positiven Grenzen genau zu kennen und streng zu beobachten, welche einer sententia contra jus in thesi vorgezeichnet sind. Das Römische Recht [8]) aber, welches allein von dieser Materie spricht und auf welches sich alle neuern Proceßordnungen beziehen, verlangt zu diesem Begriffe, daß mit ausdrücklichen Worten, und zwar im Urtheile selbst, ein falscher Rechtssatz als wahrer Inhalt der Gesetze angegeben und nur aus diesem die Conclusion hergeleitet sei, welche eigentlich für die Parteien ausschließend in Frage kam. Da nun heutigentags die Urtheile gewöhnlich nur die Conclusion enthalten, nicht aber den Obersatz, der sie veranlaßt hat, dieser vielmehr in die Entscheidungsgründe gehört, welche höchst selten dem Urtheile selbst einverleibt, in der Regel demselben nur angehängt oder in separatem Aufsatze beigelegt zu werden pflegen, so kommt der eigentlich römische Fall einer sententia contra jus in thesi jetzt nur sehr wenig vor, wiewol es auch gegenwärtig noch an Fehlern solcher Art nicht mangelt. — Die Streitigkeiten, welche darüber in der deutschen Praxis entstanden sind, ob ein einzelnes Urtheil als contra jus in thesi gefällt, zu betrachten sei oder nicht, haben in mehren Ländern die Verordnung zur Folge gehabt, daß ein solcher Fehler keine Nullität mehr erzeugen soll, wenn dabei das gemeine Recht in Frage kommt. Sollte dagegen gegen die deutlichen Landesgesetze ein solcher Fehler begangen sein, so ist die römische Vor-

---

7) L. 9 C. de sent. et interloc. (7, 45). L. 1, 3 C. sent. rescindi non posse (7, 50). Cap. 13, 20 X. de sent. (2, 27).

8) L. 19 D. de appellat. (49, 1). Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet et ideo, sine appellatione causa denuo induci potest. Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges et S. Consultum vel constitutionem fuerit prolata. Unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione summotus est, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia, unde potest causa ab initio agitari.

schrift beibehalten, ohne jedoch darüber etwas festzusetzen, ob auch hier der Fehler im Urtheile selbst enthalten sein müsse. Man wird dies jedoch deshalb behaupten müssen, weil der Begriff einer sententia contra jus in thesi nicht neugeschaffen, sondern nur in seiner Anwendung beschränkt worden ist. — Diesem im Römischen Rechte hervorgehobenen Fehler ist noch ein anderer an die Seite gesetzt, welcher ebenfalls nicht selten vorkommt. Weil nämlich res judicata zwischen den Parteien als Specialgesetz für diese gilt, so soll jedes spätere Erkenntniß, welches dem frühern rechtskräftigen zuwiderläuft, als null und nichtig betrachtet werden, also ebenso, als ob es dem klaren Inhalte der Gesetze widerspräche, contra jus in thesi wäre [9]). Dabei ist es nur in den Gesetzen unbestimmt gelassen, ob zum Eintritte der Nullität vorausgesetzt werde, daß dem Richter die Existenz eines frühern Erkenntnisses über den nämlichen Gegenstand und zwischen denselben Parteien oder ihren Rechtsvorfahren bekannt gewesen sei oder nicht. Wenn zur Begründung dieser Nullität eine Art von Dolus Seiten des Gerichts in den Gesetzen vorausgesetzt würde, dann müßte man allerdings die Kenntniß des Richters von dem frühern Urtheile fordern. Da aber hierfür keine Andeutung in den Gesetzen spricht, so fehlt es an genügenden Gründen, die Nullität in dieser Weise einzuschränken, sie muß vielmehr ohne Unterschied nach erwiesener Existenz des frühern Urtheils eintreten. — Alle übrigen Fehler, welche in Ansehung des Obersatzes eines Erkenntnisses begangen sein können und vorzüglich darin bestehen werden, daß der Urtheilsverfasser entweder unpassende Gesetze auf den einzelnen Fall angewendet [10]) hat, oder daß er zweifelhafte Gesetze falsch auslegte,

---

9) L. 1 C. quando provoc. non est necesse (7, 64). Latam sententiam dicitis, quam ideo vires non habere contenditis, quod contra res prius judicatas, a quibus provocatum non est, lata sit. Cujus rei probationem si promptam habetis, etiam citra provocationis adminiculum, quod ita pronunciatum est, sententiae auctoritatem non obtinebit. L. 1, 3 C. sentent. rescindi (7, 50). L. 6 C. de execut. rei jud. (7, 53). Cap. 20 X. de sentent. (2, 27). Klüpfel, a. a. O., S. 139—142, 172. Anderer Meinung: Bayer, a. a. O., S. 1085, 1092.

10) L. 32 D. de re judic. (42, 1). Cum prolatis constitutionibus contra eas pronuntiat judex, eo quod non existimat causam, de qua

gehören nur zu solchen Mängeln eines Erkenntnisses, welche vermittelst der Appellation angefochten werden dürfen, und daher das Prädicat einer sententia iniqua nach Inhalt des Jüngsten Reichsabschiedes [11]) begründen (§. 13, II., S. 116 fg.).

V. Andere Fehler hingegen betreffen den Untersatz, welcher bei dem Erkenntnisse zu Grunde gelegt worden ist; d. h. die Thatsachen, auf die es im concreten Falle ankommt, und da müssen folgende Hauptarten von Fehlern unterschieden werden: 1) Wenn das Gericht bei seiner Subsumtion Thatsachen berücksichtigt, die in den Acten nicht enthalten sind, mag davon das Gegentheil aus den Acten hervorgehen oder nicht; desgleichen, wenn es in den Acten enthaltene Thatsachen ganz unberücksichtigt ließ, ist ein solches Erkenntniß offenbar nichtig, weil es gegen die wesentlichen Vorschriften des Proceßverfahrens verstößt, und einem solchen Fehler im Allgemeinen Nullität gedroht ist [12]). 2) So oft das Gericht actenmäßige Thatsachen, über welche zwischen den Parteien gestritten wird, unrichtig auslegt, oder diese Thatsachen in Hinsicht der juristischen Gewißheit und Wahrscheinlichkeit nach Inhalt der beigebrachten Beweise auf eine unrichtige Weise beurtheilt, kann man sich zur Beseitigung solcher Fehler nur der Appellation bedienen. Denn nur in dem Falle ist das Erkenntniß, welches hiergegen fehlt, für nichtig zu achten, wenn das Gericht entweder durch bestochene Zeugen oder verfälschte Urkunden, oder (nach Deutschem Rechte) zufolge des Meineides einer Partei verleitet worden ist, den vorliegenden Beweis irrig zu beurtheilen [13]). 3) Ein dritter Fehler besteht darin, daß actenmäßige Thatsachen gegen die Regeln des Proceßganges behandelt worden sind, indem sie entweder als unerheblich oder als unzulässig zurückgewiesen, oder zu besonderer Ausführung verwiesen worden sind, obgleich darüber ein Beweis und Gegen-

---

judicat, per eas juvari, non videtur contra constitutiones sententiam dedisse ideoque ab ejusmodi sententia appellandum est: alioquin rei judicatae stabitur.

11) Jüngster Reichsabschied, §. 121 u. 122.

12) L. 4 C. de sentent. et interloc. (7, 46).

13) L. 2, 3 C. si ex falsis instrum. (7, 58). Peinl. Gerichtsordnung, Art. 107.

beweis im jetzigen Proceß noch hätte gestattet werden müssen. Hier ist das Erkenntniß offenbar voreilig, besonders wenn es definitiv ausgefallen ist, und man könnte wol geneigt sein, aus dem Römischen Rechte [14]) eine Nullität herzuleiten. Da jedoch in der angezogenen L. 4 C. (7, 46) diese Nullität nicht ausdrücklich geordnet ist, so bleibt zeitige Anfechtung im Wege der Berufung immer Regel der Klugheit. Mit diesem Falle darf aber ja nicht diejenige Trennung des Liquiden vom Illiquiden verwechselt werden, welche unter der Voraussetzung dadurch eine Verminderung der Rechtsstreitigkeiten zu erzielen nach Vorschrift der L. 21 D. de rebus creditis (12, 1) erkannt worden ist, und daher den richterlichen Pflichten vollkommen entspricht. 4) Endlich gehört in diese Classe noch der Fall, wenn das Gericht über solche Thatsachen, welche zwar in den Acten vorgekommen sind, aber nicht den wahren Streitgegenstand abgaben, sondern z. B. bei Gelegenheit der Litisdenunciation die künftige Entschädigungsart betrafen, miterkannt hat; ferner, wenn es in einem einzelnen Proceßabschnitte über Streitpunkte erkennt, welche einem andern Abschnitte des Verfahrens vorbehalten bleiben müssen, z. B. in einer Leuterungsinstanz über die aufgestellten Beschwerden hinaus über das sich ausspricht, was in der ersten Instanz noch nicht abgeurtheilt ist. — In manchen Fällen dieser Art wird sich die Nullität eines solchen Erkenntnisses in Folge derartiger Fehler schon aus andern Gründen behaupten lassen, z. B. wegen der Incompetenz des Richters der Hauptsache für den Litisdenunciaten. Aber es scheint auch überhaupt dem Römischen Rechte [15]) vollkommen zu entsprechen, wenn man dergleichen Fehler als Anlaß einer Nichtigkeit betrachtet, da dieses Gesetz vom judex pedaneus allein nicht verstanden werden kann.

VI. Die letzte Classe von Urtheilsfehlern zeigt sich in der Conclusion, und daher vorzugsweise in der Art der Abfassung des Urtheils selbst. Hier sind als Nullitäten anerkannt: 1) Alle richterlichen Auflagen, wodurch etwas absolut, physisch

---

14) L. 4 C. de sent. L. 4 C. quomodo et quando (7, 43).

15) L. 18 D. commun. divid. (10, 3) — ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest. Cap. 3 de sentent. in VI^to (2, 14) — a verb.: Secus autem, quum egit etc.

oder juristisch Unmögliches[16]) einer Partei zur Pflicht gemacht ist, während relative Unmöglichkeit gar kein Fehler ist. 2) Alle Irrthümer in der Berechnung[17]), d. h. solche Rechnungsfehler, wovon die actenmäßigen Data die Unrichtigkeit des bloßen Berechnens zeigen. 3) Völlige Unbestimmtheit oder Undeutlichkeit[18]) des Erkenntnisses, sobald dasselbe nicht etwa blos auf genau bezeichnete Stellen der Acten sich bezieht, wodurch ihm die fehlende Bestimmtheit gegeben wird. Liegt dagegen völlige Unbestimmtheit vor, dann muß das Mangelnde ebenso gut erst noch ergänzt werden, wie das in solchen Fällen sich von selbst ergibt, wo ein Streitgegenstand völlig mit Stillschweigen übergangen ist und daher auf Verlangen der Partei erst durch einen Nachtrag beurtheilt werden muß; dabei entspricht auch die Einschränkung des Römischen Rechts[19]), daß dies noch an demselben Tage geschehen müsse, der heutigen Gerichtsverfassung nicht mehr, vielmehr kann zu jeder Zeit die Verbesserung dieses Fehlers verlangt und vorgenommen werden. Nur darf man hier nicht vergessen, daß gewisse Streitpunkte, welche nur Nebensachen eines Hauptanspruchs sind, schon von selbst durch Stillschweigen beurtheilt werden[20]), wie man auch zum Theil durch eine richtige Folgerung von selbst ersehen kann, z. B. die Verwerfung der dilatorischen Einreden, wenn, ohne ihrer zu gedenken, der Beklagte zur Einlassung angewiesen ist. Denn in Fällen der Art ist nicht sowol eine Lücke des Erkenntnisses vorhanden, als vielmehr die Art und Weise zu erkennen gewählt, welche durch bloßes Stillschweigen die Absicht des Ge-

---

16) Cap. 3, pr. §. 1, D. quae sent. sine appell. (49, 8). Arg. L. 135, 182, 185 D. de reg. jur. (50, 17).

17) L. un. C. de error. calcul. (2, 5).

18) Tit. tot. C. de sent. quae sine certa quantitate (7, 46). L. 59, §. 2, de re jud. (42, 1). L. 1, §. 5, D. quando appell. (49, 4). Gönner, Handbuch, III, 134, 204, 329. Linde, Handbuch, IV, 37 fg. Schmid, Handbuch, III, 367 fg. Bayer, a. a. O., S. 416 fg.

19) L. 42 D. de re judic. (42, 1).

20) Tit. tot. C. si plures una sentent. (7, 55). L. 42, 59 D. de re judic. L. 7, §. 1, C. de compens. (16, 2). Arg. L. 3 C. de fruct. (7, 52). Gensler, Handbuch, I, 198, Note 34. Köchy, Meditat., Nr. 24. Quistorp, Beiträge, Nr. 58. Bayer, a. a. O., S. 409.

richts schon andeutet, und die zugleich zeigt, wie nothwendig es ist, sich mit dem Urtheilsstyl bekannt zu machen.

VII. Dagegen sind alle übrigen Fehler, die in Fassung der Conclusion begangen sein mögen, nur Gründe zu einer Appellation und ähnlichen Rechtsmitteln, selbst wenn der Kläger positiv condemnirt wäre, obgleich kein judicium duplex vorhanden ist; ferner wenn eine Verurtheilung über die Klagbitte [21]) hinaus erfolgt ist, und endlich, wenn das Urtheil bedingt definitiv abgefaßt wäre, was freilich in der Regel nicht zu empfehlen ist. Denn nur bei Urtheilen, worin die Ableistung eines Haupteides auferlegt wird, soll nach specieller Vorschrift des Römischen Rechts [22]) die eventuelle Definitiventscheidung gleich angehängt sein, weil man voraussetzt, daß diejenige Partei, der der Eid auferlegt wird, denselben auch in der That ableisten werde, widrigenfalls sie als ungehorsam künftig würde behandelt und nach Lage des Falles so erkannt werden, wie es die Folgen ihres Ungehorsams mit sich bringen. In allen andern Fällen hingegen begnügt man sich, diejenigen Bedingungen, welche erst noch erfüllt werden müssen, ehe ein Endurtheil ergehen kann, lediglich zu bezeichnen, ohne zum Voraus die Folgen festzusetzen, welche eintreten, je nachdem die Bedingungen erfüllt werden oder nicht, indem man nur die allgemeine Clausel hinzufügt, daß demnächst nach Ablauf der bestimmten Fristen in dieser Beziehung weiter ergehen solle, was Recht ist. Und diese Art zu erkennen hat den Nutzen, daß man Rechtsmittel vermeidet, die blos die eventuellen Folgen betreffen, oft aber unnöthig werden, weil es im einzelnen Fall zur Anwendung dieser Folgen gar nicht kommt. Auch muß ja ohnehin nach Ablauf der gehörigen Fristen durch ein neues Erkenntniß ausgesprochen werden, ob die Bedingungen erfüllt sind oder nicht, was sogar blos theilweise der Fall sein könnte, z. B. wenn ein unvollständiger Beweis

---

21) Wenn aus actenmäßigen Daten sich ergibt, daß der Kläger der Quantität nach mehr zu fordern hatte, als er in der Klage wirklich forderte, ist diese gestattet. §. 34 J. de act. (4, 6). Borst, Grundl. für e. Gesetzg. des Civilprocesses, §. 6, 7. v. Langenn u. Kori, Prakt. Erörterungen, I, Abh. 17.

22) Cap. 11 C. de sentent. (7, 45). Note 4.

geführt ist. In diesem Erkenntniß ist es denn noch Zeit genug, die in concreto anzuwendenden Folgen erst festzusetzen.

VIII. Weniger bedeutend als diese materiellen Fehler eines Urtheils sind heutigentags die bloßen Formfehler (§. 13, S. 114 fg.). Denn selbst Fehler in der Abfassung, welche z. B. die richtige Bezeichnung der Vor- und Zunamen, der Proceßprädicate, des Gegenstandes oder des Zeittermins, innerhalb dessen ein processualischer Schritt vorgenommen werden soll, betreffen, können ebenso gut als die Schreibfehler [23]), die in der Ausfertigung (mundum) des Urtheils sich finden, ohne ein Rechtsmittel gerügt und verbessert werden. — Dasselbe gilt auch in der That von Fehlern der Bekanntmachung [24]) des Urtheils, sobald dasselbe nur wirklich und zwar officiell den Parteien bekannt gemacht worden ist. Nur würde eine Bekanntmachung, welche ohne Concept des Urtheils lediglich mündlich [25]) erfolgt, auch jetzt nicht genügen, weil es dabei unsicher bleibt, welcher Worte die Gerichtsperson sich bedient hätte und daher zu wiederholen wären.

§. 173—178.

2) Besonders vom Urtheile auf das erste Verfahren [1]).

I. Obgleich ein Richter, welcher ein Urtheil abzufassen hat, die mehren Streitpunkte, die beinahe immer zu beurtheilen sind, einzeln und von einander getrennt prüfen muß, so darf sich das

---

23) L. 46, 55 D. de re judic. (42, 1). v. Dalwigk, Prakt. Erört., S. 315. Heffter, System, S. 249. Bayer, a. a. O., S. 426.

24) Cap. 5 de sentent. in VI[to] (2, 14). Bayer, a. a. O., S. 420 fg.

25) L. 1, 2, 3 C. de sent. ex periculo recitandis (7, 44). L. 15 C. de appell. (7, 62). Dagegen nach Röm. Rechte in Bagatellsachen zwar auch mündlich, Nov. 17, cap. 3; allein Clem. 2, de V. S. — Heffter, a. a. O., S. 241, Note 80. Bayer, S. 414.

1) Danz, Ordentl. Proceß, §. 216 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 183 fg. Schmid, Handbuch, §. 114, II, S. 123 fg. Bayer, Vorträge (8. Aufl.), S. 676 fg. Vergl. auch Planck, Lehre vom Beweisurtheile, S. 234 fg. — Beispiele von ersten Erkenntnissen in Bergmann, Einleit. in die Praxis, S. 310—334.

doch in der Urtheilsformel nicht bemerklich machen, vielmehr soll diese das einfache Resultat der bisherigen Verhandlungen kurz ausdrücken; bei Enderkenntnissen durch Absolution oder Condemnation, bei Vorbescheiden hingegen lediglich dadurch, daß alle die Proceßschritte aufgezählt werden, welche noch vorangehen müssen, ehe der Endbescheid erfolgen kann. Es werden daher zwar wol mehre cumulirte Klagen und Widerklagen in dem Urtheile der Reihe nach aufgezählt, und bei jeder einzelnen das Nöthige verfügt, weil das in der That soviel verschiedene Streitobjecte sind; allein nie werden die einzelnen Einreden, und noch weniger die Repliken, Dupliken u. s. w., auf welche es doch bei jeder einzelnen Klage ankommen kann, namentlich aufgezählt und beurtheilt, vielmehr muß aus der Urtheilsformel und allenfalls den beigefügten Entscheidungsgründen errathen oder ersehen werden, wohin die Intention des Gerichts in dieser Beziehung gegangen sei. Es ist daher wichtig zu wissen, daß jedes Erkenntniß im ordentlichen Processe, wenn es auch nur eine einzige Klage betrifft, drei Hauptabschnitte enthalten könne, welche im Ganzen genommen immer der Abfassung desselben zu Grunde liegen, nämlich

1) den die Präliminarien des Processes betreffenden Vorabschnitt;

2) den Abschnitt, der die Hauptsache selbst betrifft;

3) den, welcher sich mit den Nebenpunkten beschäftigt, die eine selbständige eigene Natur haben, nicht blos die Folgen des Hauptabschnittes bilden.

II. (Zu 1.) Die Präliminarien nehmen jedesmal die erste Stelle in den Dispositivworten des Urtheils ein, und umfassen theils alle vorgetragenen dilatorischen Einreden, welche die Hauptsache selbst nicht betreffen, sollten sie gleich zu den litis ingressum impedientibus nicht gezählt werden können, z. B. die exceptio cautionis pro expensis, theils aber die nicht vorgetragenen dilatorischen Punkte, welche das Gericht aus eigenem Antriebe in der Absicht rügt, den Rechtsbestand der Verhandlungen dadurch zu sichern, wie z. B. fehlende Legitimation zum Proceß. In jedem Falle nimmt man daher alle die hierher gehörigen Punkte einzeln durch, und macht dabei natürlich mit den Be-

denklichkeiten gegen die Competenz des Gerichts den Anfang [2]). Bei jedem einzelnen solchen Gegenstande verfügt man das deshalb Nöthige, und spricht sich auch darüber aus, ob die Partei den Auflagen genügt habe, welche während der bisherigen Verhandlung in solcher Beziehung an sie ergangen sind. Sollten nun sämmtliche dilatorische Einreden als ungegründet verworfen werden können, so geschieht das durch die gemeinschaftliche Formel: daß Beklagter Einwendens ungeachtet sich auf die Klage einzulassen schuldig sei. — In diesen Abschnitt gehören dagegen die angeblich liquiden peremtorischen Einreden, die sogenannten einlassungshindernden, ebenso wenig, wie die dilatorischen in die Sache selbst eingreifenden Einreden. Denn diese müssen vielmehr in dem Hauptabschnitte, worin über das streitige Recht selbst erkannt wird, mitberücksichtigt werden. Und so wird das Resultat des Erkenntnisses in Hinsicht der Präliminarien auf zwei Hauptfälle zurückzuführen sein, entweder

1) keiner von den Präliminarpunkten hindert die Prüfung der Hauptsache selbst, sollte gleich wegen der illiquiden dilatorischen Einreden hier noch auf Bescheinigung erkannt werden, was man nicht unterlassen darf, da kein Gesetz deren Liquidität im ersten Verfahren gleich beizubringen befiehlt. In diesem Falle folgt in dem Urtheile ohne Weiteres nun die Hauptentscheidung selbst, oder

2) die Präliminarpunkte sind ein Grund, weshalb bald die Klage abgewiesen, bald ein neuer Termin zur Verhandlung über dieselben angesetzt wird. Letzteres tritt dann ein, wenn etwa eine fehlerhafte Citation ergangen war und der Beklagte diesen Fehler gerügt hat, oder wenn der Kläger im Laufe des Verfahrens eine Verbesserung der Klage vorgenommen hat, auf welche der Beklagte die Einlassung bis jetzt verweigerte. Abgewiesen hingegen wird die Klage theils wegen Incompetenz des Gerichts, theils wegen Zuvielforderung der Zeit nach, theils wenn sie selbst fehlerhaft abgefaßt war, und in allen diesen Fällen kann der Hauptabschnitt des Urtheils noch gar nicht folgen, sondern höchstens über den Kostenpunkt und zugleich über solche dilatorische Ein-

---

2) Jüngster Reichsabschied, §. 40. — Oben §. 44, S. 296 fg.

reden erkannt werden, welche bei weiterer Fortsetzung der Sache als begründet müßten berücksichtigt werden, wie z. B. Proceß-legitimation, Cautionspräſtation. Zwar pflegt man selbst in diesen Fällen alsdann das Haupterkenntniß hinzuzufügen, wenn man den Kläger völlig abweisen zu können sich aus den bisherigen Verhandlungen schon für berechtigt hält, und deshalb den Proceß abkürzen will. Dies würde sich aber in keinem Falle rechtfertigen lassen, wo das Gericht seine Incompetenz anzuerkennen nicht umhin könnte. — Sollten übrigens mehre Klagen mit einander cumulirt sein, so daß über alle in demselben Urtheile zu sprechen wäre, dann wird auch jede derselben einen eigenen Präliminarabschnitt im Urtheile haben können, da man nur die gemeinschaftlichen dilatorischen Einreden sämmtlicher Klagen dieser Art in dem ersten Abschnitte zu entscheiden im Stande ist, nicht aber solche dilatorische, die von der eigenthümlichen Natur der einzelnen cumulirten Klage abhängen.

III. (Zu 2.) Soviel hiernächst den Hauptabschnitt des ersten Erkenntnisses betrifft, und zwar in Beziehung auf jede einzelne cumulirte Klage und Widerklage, so ist in diesem Abschnitte vor allem andern die Frage zu entscheiden, ob der Beklagte schuldig gewesen sei, in der bisherigen Verhandlung sich auf die Klage einzulassen, solchenfalls auch der Einlassungspflicht genügt habe oder nicht. Denn war der Beklagte gar nicht schuldig sich einzulassen, so kann eine Verurtheilung desselben, wäre die Klage auch noch so sehr in den Rechten begründet, vielleicht selbst durch beigebrachte Urkunden liquid gemacht, dennoch gegenwärtig nicht erfolgen, sondern es muß vielmehr entweder der Kläger abgewiesen oder jetzt noch auf Beweis illiquider Repliken erkannt werden, durch welche sich der Kläger gegen einlassungshindernde Einreden hat schützen wollen. Abgewiesen würde der Kläger nämlich dann werden, wenn es der Klage an allem Rechtsgrund fehlt, sollte auch der Beklagte diesen Mangel nicht gerügt haben; denn das Gericht muß ihn von Amtswegen suppliren, und wo ein solcher Fehler sich findet, fällt die Verbindlichkeit zur Einlassung von selbst weg. — Außer diesem Falle aber könnte der Beklagte von der Einlassung nur alsdann befreit sein, wenn er wahrhaft einlassungshindernde Einreden vorgeschützt hat, welche ebenso in den Rechten gegründet, als

auf gehörige Art liquid gemacht sind, und bei diesen könnte höchstens ein Termin zur Anerkennung der Urkunden angesetzt werden, durch welche jene Einreden dargethan sind, sobald es in dem bisherigen Verfahren an deren Anerkennung noch fehlt. In einem solchen Falle bedient man sich in der Praxis eines entbindenden Erkenntnisses unter der Bedingung, wenn Kläger die vorzulegenden Originalurkunden anerkennen würde. Hätte aber der Kläger für alle Fälle eventuell gegen dergleichen Einreden erhebliche Repliken vorgeschützt, welche nur jetzt noch nicht liquid sind, so muß blos über diese Vorfrage auf Beweis und Gegenbeweis [3]) erkannt werden, ohne weiter auf die Hauptsache einzugehen, vorausgesetzt nur, daß nicht durch liquide Dupliken jene Vertheidigung des Klägers bereits elidirt worden sei. Es wird darum in solchen Fällen, wo noch auf Beweis der Repliken zu erkennen ist, die Formel gebraucht: „daß Beklagter noch zur Zeit nicht schuldig, sich auf die Klage einzulassen", und dann das Beweisinterlocut über die Repliken angehängt; demnächst aber, wenn dem Kläger dieser Beweis gelungen sein sollte, der Beklagte nicht nur in die Kosten des jetzigen Processes verurtheilt, sondern auch nunmehr zur Einlassung auf die Klage angehalten.

IV. Wenn dagegen der Beklagte schuldig befunden wird, sich auf die Klage in dem bisherigen Verfahren einzulassen [4]), weil er entweder gar keine Einreden vorgeschützt hat, oder die vorgetragenen ihn von der Einlassung nicht befreien konnten, so sind die zwei Fälle zu unterscheiden: 1) Es fehlt in den Acten auch sogar eine eventuelle Einlassung, sei es gänzlich, oder eine vollständig genügende. Hier wird durch das Urtheil die Verbindlichkeit des Beklagten ausgesprochen, sich auf die Klage einzulassen, gleichviel ob er diese Pflicht bestritten hat oder nicht, und nur in dem Falle einer unvollständigen Einlassung wird dieser Fehler dadurch bezeichnet, daß man bessere Einlassung von ihm fordert. In diesem Falle aber würde auf

---

3) Jüngster Reichsabschied, §. 40. Rechtsgutachten des Heidelberger Spruchcoll., S. 239, §. 25. Grolmann, Theorie des gerichtl. Verfahrens (3. Ausg.), S. 533. Gönner, IV, Abh. 78, §. 28—44.

4) Puchta, a. a. O., II, §. 188 fg., S. 181 fg.

neue Ladung erkannt, oder nach gemeinem Recht unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten des verzögerten Processes eine neue Frist zur Einlassung unter Androhung der gesetzlichen Rechtsnachtheile dann festgesetzt werden müssen, wenn nicht schon ein peremtorischer Termin abgelaufen ist, weshalb die fehlende Litisconteſtation fingirt werden muß. Denn ist dieser Termin bereits verflossen, dann wird, statt der Verurtheilung des Beklagten zur Einlassung, erklärt: „lis sei pro contestata zu achten", der Beklagte aber seiner Einreden verlustig erkannt. Demgemäß ist nun in der Hauptsache zu erkennen, und zwar nach gemeinem Rechte auf Beweis des Klaggrundes, nach sächsischem Rechte aber condemnatorisch. — 2) Der zweite Fall hingegen supponirt, daß sich eine wenigstens eventuelle und genügende Litiscontestation schon in den Acten findet. Hier wird, wenn der Beklagte die Pflicht zur Einlassung nicht einmal bestritten hat, im Urtheil nur die Thatsache, daß er sich darauf eingelassen habe, als Entscheidungsgrund für das jetzt folgende Haupterkenntniß angeführt. Hat hingegen Beklagter die Einlassungspflicht bestritten, wiewol ohne genügende Gründe, eventuell aber die Einlassung bewirkt, so muß er auch hier, ehe man weiter gehen kann, dazu für schuldig erklärt werden, und zwar bald mit Vorbehalt seiner illiquiden oder einfach peremtorischen Einreden, insofern sie für relevant zu achten sind, bald ohne solchen Vorbehalt, und dann wird in der Urtheilsformel nur hinzugefügt: „da Beklagter für diesen Fall sich bereits eingelassen habe", worauf nun das Haupterkenntniß selbst folgt.

V. Dieses Haupterkenntniß nun, was jetzt folgt, wird ein definitives alsdann sein müssen, wenn alle Thatsachen, worauf es bei Beurtheilung des streitigen Verhältnisses ankommt, sich bereits in juristischer Gewißheit befinden und solchergestalt aus den Acten hervorgehen. Denn sollte auch in den Accessorien des Anspruchs noch eine Illiquidität vorhanden sein, wie das gewöhnlich der Fall sein wird, so hindert diese die Abfassung eines condemnatorischen Urtheils doch nicht, sobald der Hauptanspruch nur hinreichend bestimmt ist, indem man der Verurtheilung in den Accessorien nur die Clausel hinzufügt: „salva liquidatione", oder „nach genauer Berechnung". Uebrigens

muß die Condemnation des Beklagten nicht nur so genau wie möglich in Hinsicht alles dessen, was der Beklagte zu leisten hat, im Urtheile enthalten, sondern auch eine bestimmte Frist zur Befolgung dessen, in was er verurtheilt worden ist, vorgeschrieben sein. Ja, es sollte nach dem Jüngsten Reichsabschiede, §. 159, sogar die Execution für den Fall des Ungehorsams sogleich angedroht sein, was indessen in der Praxis nicht gewöhnlich ist. — Sollte aber das Definitiverkenntniß, welches hier gefällt werden müßte, gegen den Kläger ausfallen, so wird das immer eine absolutio des Beklagten ab actione sein müssen, da Entbindungen von der Instanz schon in den Präliminarabschnitt gehört hätten. — Am häufigsten hingegen wird das Haupterkenntniß ein bloßer Vorbescheid sein, weil relevante Thatsachen noch eine Beweisführung nöthig machen, ehe endlich erkannt werden kann, mögen dies nun thatsächliche Behauptungen der Klage oder einer Einrede, Replik oder Duplik sein, und wol gar Thatsachen aus allen diesen Vorträgen. Denn diese werden hier sämmtlich zusammengenommen und ein Beweisinterlocut nach den Regeln des §. 180 fg. abgefaßt. Sollte in einem solchen Falle etwa die eine oder die andere Einrede in den Acten sich befinden, die bereits liquid und nicht elidirt ist, allein entweder blos die Execution gegen den Beklagten modificirt, während dieser seine Verbindlichkeit noch bestreitet, wie das z. B. durch die exceptio beneficii competentiae geschieht, oder diese Einrede den noch fehlenden Beweis der Klage nicht unnöthig machen, weil sie diese nur zum Theil vermindert, oder auch einen klagbaren Anspruch des Beklagten enthalten, welchen er blos eventuell geltend gemacht hatte: dann ist es nöthig in dem Vorbescheid zu sagen, daß es bei diesen liquiden Exceptionen für jetzt sein Bewenden behalte, und künftig in Ansehung ihrer nöthigenfalls das Weitere verfügt werden solle.

VI. Ein besonderer Fall bei diesen Vorbescheiden tritt aber alsdann ein, wenn in den bisherigen Acten der Beweis von der einen oder andern Partei anticipirt[5]) worden ist. Ist

---

5) Claproth, Von Relationen, §. 113, S. 179. Martin, Anleitung zum Referiren, §. 33. Gensler im Archiv für civil. Praxis, I, 52, 278 fg., 343. Mittermaier, das., Nr. VIII u. XV, S. 191 fg., 200 fg.

dies nämlich 1) nur durch bloße Antretung geschehen, indem z. B. Urkunden beigelegt, aber vom Gegner noch nicht anerkannt sind, Zeugen namhaft gemacht, aber noch nicht abgehört sind, so ändert dies das Beweisinterlocut weiter nicht als dahin, daß über die Zulässigkeit der vorgeschlagenen Beweismittel zugleich miterkannt wird, was sogar in Ansehung eines über die ganze Klage deferirten Eides nach gemeinem Rechte geschehen würde, weil der Kläger das Recht hat, die vorgeschlagenen Beweismittel zu verändern, anders als dies in Sachsen bei dem deferirten Eide der Fall ist. — Sollte 2) aber der anticipirte Beweis bereits wirklich durchgeführt sein, mithin die vorgeschlagenen Zeugen abgehört und deren Aussagen bekannt gemacht, die producirten Urkunden bereits vom Gegner anerkannt sein, alsdann hat das Gericht in der That eine doppelte Entscheidung zu fällen, nämlich ein erstes Erkenntniß, um zu wissen, welche Partei zu beweisen hatte und was zu beweisen war; denn darnach muß sich die Prüfung des geführten Beweises richten, hiernächst aber das Beweiserkenntniß selbst, welches das Resultat der schon vorliegenden Beweisführung den Parteien mittheilt. Nur ist dieses doppelte Erkenntniß in der Form nicht sichtbar. — Die Form des Erkenntnisses richtet sich vielmehr nach folgenden Hauptfällen. Ist nämlich a) der anticipirte Beweis zwar nicht irrelevant, aber doch nur unvollständig gelungen, so kann jetzt von einem nothwendigen Eide gar noch nicht die Rede sein, da derselbe nur subsidiäre Anwendung leidet, es aber an einer Beweisfrist bis jetzt gefehlt hat, folglich noch besserer Beweis geführt werden kann. Daher wird in diesem Falle ein gewöhnliches Beweisinterlocut abgefaßt, und dabei der Partei, welche den Beweis anticipirt hat, nur ausdrücklich vorbehalten, sich auch der Beweisgründe zu bedienen, die bereits in den Acten enthalten sind und in Hinsicht ihrer Tauglichkeit keinem Zweifel unterliegen. Ist dagegen b) der anticipirte Beweis vollständig gelungen und in der That auch erschöpfend, so kommt es darauf an, wer denselben führte. Denn wenn es die Partei war, die im einzelnen Fall die Beweislast übernehmen mußte, so erfolgt sogleich ein Endurtheil zu deren Gunsten, jedoch mit Anhang: „es könnte und wollte denn der Gegner binnen bestimmter Beweisfrist den bereits

geführten Beweis widerlegen", welches als Resolutivbedingung angehängt wird, weil es zur Führung des Gegenbeweises nur ein Recht und keine Pflicht gibt. — Ist hingegen der anticipirte Beweis von der Partei geführt worden, die im einzelnen Falle blos den Gegenbeweis zu führen hatte, so kann man deshalb Denjenigen, den die Beweislast hier trifft, nicht ungehört lassen, sondern man muß auch in dem Falle ein gewöhnliches Beweisinterlocut abfassen, und nur der Gegenpartei reserviren, sich zu ihrem Gegenbeweis des anticipirten zu bedienen. Es muß dies namentlich auch dann geschehen, wenn der Beklagte Einreden bewiesen hätte, die doch nicht früher zur Anwendung kommen können, als wenn zuvor der Grund der Klage genügend dargethan ist.

VII. (Zu 3.) Der dritte und letzte Abschnitt des ersten, sowie aller folgenden Urtheile, umfaßt solche Gegenstände, die mit dem vorliegenden Processe nur in zufälliger Verbindung stehen, auf die Entscheidung der Hauptsache aber gar keinen Einfluß haben, und nicht einmal zu deren Accessorien gehören. Mithin werden hierher gerechnet, alle Vorbehalte eines Regresses oder einer ganz neuen Klage, disciplinarische Straferkenntnisse gegen Parteien und Sachwalter, endlich Aufforderungen des Fiscus oder beschlossene Mittheilungen an ein anderes Gericht. Jeder Punkt ist nach seiner eigenthümlichen Natur zu beurtheilen, und wird nicht immer gleich definitiv abgethan werden, sondern zu besonderer Ausführung alsdann zu verweisen sein, wenn es ihm insbesondere an Liquidität fehlt, oder der erkennende Civilrichter für dergleichen Entscheidungen nicht competent wäre. Die Reihenfolge, in der mehre von solchen Punkten zu berühren sind, hat übrigens keinen materiellen Einfluß und bleibt daher dem richterlichen Ermessen lediglich überlassen.

Dritte Hauptabtheilung.

Von der Rechtsverfolgung selbst.

Zweiter Abschnitt.

Insbesondere von dem Verfahren außer dem förmlichen Concurse.

Erste Unterabtheilung.

Einzelne Haupthandlungen des vorbereitenden Proceßtheils.

Zweites Hauptstück.

Ordentlicher Proceß, und zwar B. dessen Beweisverfahren.

§. 179.

Vom Beweisverfahren.

I. Im Allgemeinen.

Während dem Römischen Rechte und dem Kanonischen Rechte, sowie dem ältern Deutschen Rechte, eine Trennung des ersten vom Beweisverfahren unbekannt [1]), vielmehr die Verbindung beider Regel war, tritt im spätern Deutschen Rechte

---

1) Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 131. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 265. Mittermaier, Der gemeine bürgerl. Proceß (2. Beitrag), §. 7, S. 143 fg. (2. Ausg.). Heffter, Institutionen des Civilprocesses, S. 349 fg. Desselben System, S. 367 fg. Planck, Das Beweisurtheil, §. 14 fg., S. 116 fg.

das Bestreben immer deutlicher hervor, beide Arten der Parteithätigkeit in zwei gesonderten Abschnitten vorzunehmen. Es folgt daher, wenn der Richter im ersten Verfahren noch nicht die erforderliche Ueberzeugung von der Wahrheit der behaupteten Thatsachen erlangt hat, um endlich in der Sache erkennen zu können, ein zweiter Abschnitt des Verfahrens, in welchem nicht allein alles Erforderliche, um jene Ueberzeugung hervorzubringen, geschehen, sondern auch darüber entschieden werden muß, in wieweit dies dem Beweisführer gelungen sei oder nicht, woran sich dann in der Regel die endliche Entscheidung in der Sache anreiht. In der Praxis aber wird dieser zweite Abschnitt des Proceßverfahrens durch einen Vorbescheid, welcher den ersten Abschnitt abschließt, ein Interlocut auf Beweis eingeleitet. — Das Römische Recht ging davon aus, die Parteien würden aus eigenem Antriebe baldigst die nöthigen Beweise herbeischaffen, um der praescriptio instantiae zu entgehen; die conclusio in causa aber, welche stets der sententia vorangehen und vom Richter, wenn sie nicht freiwillig erfolgte, durch eine Frage veranlaßt werden mußte, vertrat die Stelle eines präclusiven Beweistermins, indem bis dahin noch Verbesserungen der offerirten Beweisführung unternommen werden konnten. Im Mittelalter[2]) dagegen traten an diese Stelle, nach den Vorschriften des Kanonischen Rechts, die Positionalartikel und die darauf bezüglichen Gefährdeeide, juramentum dandorum et respondendum, und erst nach vergeblichem Gebrauche derselben wurde dem Ponenten, falls der Gegner die Artikel nicht einräumte, eine Frist zur Beweisführung bestimmt. Hieraus entwickelte

---

2) Durantis Specul. aur. jur. (Frankfurter Ausgabe v. 1612), II, 263. De probationibus: In superiori titulo diximus, quid juris sit, cum quis actoris intentionem confitetur, nunc dicendum restat, quid juris sit, cum negat; tunc enim actori incumbit probatio ejus quod dicit. — Si ergo per responsionem ad positiones non est ponentis intentio probata, debet judex partibus terminum statuere ad probandum, hoc modo: dicit enim Notario: scribe quod statuo partibus terminum XV dierum ad probandum, quod probare voluerint, quem terminum statuo pro prima dilatione. Vel sic: „statuo usque ad mensem pro prima secunda et tertia dilatione". Arg. Cap. 9 X. de probat. Sed prius dictum est magis in usu.

sich dann bei der Unzureichendheit dieses Verfahrens das Beweisinterlocut [3]).

§. 180 und 181.

1) Vom Beweissatze.

I. Die ursprüngliche und Hauptveranlassung zur Abfassung der Vorbescheide auf Beweis [1]) bestand in dem Mangel einer gesetzlich allgemein vorgeschriebenen Beweisfrist [2]), weshalb diese im einzelnen Falle durch eine besondere Bestimmung des Gerichts ergänzt werden mußte. In den meisten Landesproceßordnungen ist dieser Grund jedoch längst beseitigt, indem es in diesen an gesetzlichen Fatalien für den Beweisantritt nicht fehlt. Daneben trat jedoch nicht selten noch ein anderer Anlaß zu Beweisinterlocuten ein, welcher diese auch jetzt noch hier und da nöthig macht: der Incidentstreit nämlich zwischen den Parteien darüber, wer von ihnen verpflichtet sei, den im einzelnen Fall nöthigen Beweis zu führen, wen also die Beweislast treffe. Ist nämlich ein solcher Streit wirklich vorhanden, dann muß dieser präjudiciell und zwar rechtskräftig entschieden werden, ehe die dazu angewiesene Partei den Beweis zu führen verpflichtet ist. Aus diesem Grunde sind die Beweisinterlocute allenthalben um so mehr beibehalten, als endlich noch eine dritte Veranlassung zu denselben dadurch hinzukam, daß ein Beweissatz festgesetzt wurde,

---

3) Ueber die Geschichte des Beweisinterlocuts vergl. Planck, a. a. O., erster Absch., S. 3—227.

1) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 16, §. 13. Collmann, Theorie des Beweises, S. 95 fg. Schneider, Vom rechtl. Beweise, §. 412 fg. Brackenhöft im Archiv, XXVIII, 205 fg. Planck, Ueber das Beweisinterlocut, S. 228 fg. Bayer, Vorträge, §. 219 fg., S. 681 fg.; §. 230 fg., S. 745 fg.

2) In Cap. 1 C. de dilat. (3, 11) ist die Festsetzung einer solchen nicht enthalten und die §§. 45, 47 u. 48 des Jüngsten Reichsabschiedes hängen nur mit der eigenthümlichen Terminsordnung des Reichskammergerichts zusammen: Planck, a. a. O., so daß sie als gemeines Recht nicht gelten können; wogegen L. 46, §. 4, D. de jure fisci (49, 14); Cap. 1 de restitut. spol. in VI^to^ (2, 5); Cap. 1 de except. in VI^to^ (2, 12) singuläre Fälle betreffen. Goldschmidt, Abhandl. aus dem Civilproceß, Nr. 5. Bayer, a. a. O., §. 279, S. 925 fg.

d. h. daß diejenigen Thatsachen, welche nach der Ansicht des Gerichts im einzelnen Fall den Gegenstand der Beweisführung ausmachen, speciell bezeichnet wurden. Denn eine solche Bezeichnung hat nicht nur den Nutzen, daß dadurch die Beweisführung über neue und unzulässige Thatsachen, sowie über alles Irrelevante verhütet wird, sondern auch, daß dadurch die Parteien genöthigt werden, alles Erforderliche auf einmal durch den Beweis ins Licht zu setzen, weil es sonst durch die peremtorische Kraft der Beweisführung ausgeschlossen wird. Der Nutzen der Festsetzung des Beweissatzes ist aber um so unverkennbarer, jemehr das Gericht bei Abfassung des Endurtheils ohnehin genöthigt wird, sich selbst den Beweissatz klar vorzulegen, ehe es den Werth des geführten Beweises beurtheilen kann, mithin durch diese Abfassung des Vorbescheides nur eine spätere unvermeidliche Arbeit im Voraus beseitigt wird, und den Parteien dadurch zugleich eine Belehrung gegeben werden kann, welche sie vor bedeutendem Schaden bewahrt. Dagegen gehört in den Vorbescheid auf Beweis außer dem bereits Erwähnten über die im einzelnen Fall anzuwendenden Beweismittel gar nichts, sobald diese nicht bis jetzt anticipirt worden sind. Es bleibt dann lediglich der Willkür der Parteien überlassen, zwischen allen zulässigen Beweismitteln zu wählen und allenfalls mehre derselben zu cumuliren. Nur pflegt in Ansehung der Eideszuschiebung nach dem Urtheilsstyle, namentlich in Sachsen, eine Ausnahme von dieser Regel behauptet zu werden, so daß man den Parteien ausdrücklich vorbehält, sich zur Führung des Beweises auch des Eidesantrags zu bedienen, weil in ältern Zeiten darüber Zweifel erhoben worden sind, ob unter dem Ausdruck Beweis auch der Eid mitbegriffen sei, und in manchen Proceßordnungen sogar die Eidesdelation für stillschweigend aberkannt erklärt worden ist, wenn ihrer im Beweisinterlocut nicht namentlich gedacht worden ist (§. 129, IV.).

II. Die Bezeichnung derjenigen Thatsachen, deren Wahrheit durch die Beweisführung dargethan werden soll, des Beweissatzes [3]), geschieht aber entweder nur durch Bezugnahme auf die

3) Gönner, Handbuch, II, Abh. 38. Weber, Verbindlichk. zur Beweisf., Abh. II (3. Ausg. von Heffter), S. 11 fg., und Zusätze, S. 93.

Klagschrift oder den Einredevortrag, und ist insofern eine generelle, völlig unbestimmte Festsetzung des Beweissatzes; oder mit Nennung des streitigen Rechts, worauf geklagt, oder der Befreiung, auf welche eine Einrede gestützt wird, und ist insofern etwas näher bestimmt; oder es werden endlich alle diejenigen Thatsachen einzeln hervorgehoben, welche in den Acten behauptet, allein noch rechtlich ungewiß, gleichwol erforderlich sind, um das behauptete Recht oder die behauptete Befreiung auf natürliche Weise darzuthun, und ist dann im eigentlichen Sinne speciell regulirt. Durch die erstere, namenlich in Sachsen übliche Art, den Beweissatz festzustellen, nach welcher der Kläger lediglich relativ angewiesen wird, den Grund seiner Klage und der Beklagte den Grund seiner Einreden, soweit solche geleugnet worden sind, zu beweisen, kann der eigentliche Zweck der Aufstellung eines Beweissatzes nicht erreicht werden, vielmehr ist dies in der That gar keine Bestimmung des Beweissatzes. Auch durch die zweite Art wird nicht viel mehr erreicht. Vielmehr ist daher die dritte, außerhalb Sachsen gebräuchliche Methode, den Beweissatz zu reguliren, bei weitem vorzuziehen, weil durch dieselbe nicht allein jedem Irrthum und Misverständnisse von Seiten des Producenten vorgebeugt und eine Mutation der Klage gehindert wird, sondern auch die Partei sich den Inhalt und den Zweck ihrer Vorträge klar entwickeln muß, theils um ihre eigene Beweisführung darnach einzurichten, theils um die ihres Gegners darnach richtig prüfen zu können. Mag man nun bei Festsetzung des Beweissatzes die eine oder die andere Methode befolgt haben, so kann doch weder die Partei, welche den Beweis führen soll, noch auch deren Gegner den Zweck der Beweisinstanz erreichen, ohne die Regeln zu kennen, welche befolgt werden müssen, um den Beweissatz richtig zu normiren, und ein Gleiches gilt von dem Gerichte, namentlich sobald es sich um Abfassung des Endbescheides handelt. Es ist daher hiervon ausführlicher zu handeln.

Schneider, a. a. O., §. 442 fg. Collmann, a. a. O., §. 61. Schmid, Handbuch, §. 122, II, S. 166 fg. Planck, a. a. O., S. 254 fg. Bayer, a. a. O., S. 681 fg., 741 fg.

III. Die Regeln nun, nach welchen der Beweissatz in jedem einzelnen Falle festzusetzen und zu beurtheilen ist, beruhen auf folgenden Hauptprincipien[4]): 1) Der Beweissatz kann nur aus den Materialien[5]) des ersten Verfahrens und den dort regulirten Stand der Streitfrage hergenommen werden. Denn die Beweisführung soll nur eine Fortsetzung des schon angefangenen Rechtsstreits sein, keine Einleitung eines neuen; über nichts kann aber ein Beweis geführt werden, worüber nicht bereits eine Litiscontestation vorhanden ist. Hier zeigt sich dann aber der Unterschied zwischen der doppelten Art der Instruction des ersten Verfahrens, wovon oben bei Abfassung der Klage (§. 143—149, III.) die Rede war, ob nämlich das fundamentum agendi medium der Forderung von dem Kläger genau angegeben und ein Gleiches bei den Einreden beobachtet ist, oder ob man den Parteien erlaubt hat, sich nur generell auf ein zu verfolgendes Recht oder eine Befreiung zu berufen, ohne genau dessen Begründung anzugeben. Das Erste sollte zwar nach deutschem gemeinen Recht jedesmal geschehen[6]), und dann wäre der specielle Beweissatz, sowie er direct relevant ist und auf natürliche Weise bewiesen werden kann, jedesmal genügend bezeichnet; allein häufig wird dies in der Praxis nicht beobachtet und wol gar rechtskräftig darüber hinausgegangen, was dann auf den Beweissatz von unvermeidlichen Folgen sein muß. Dieser Beweissatz muß nämlich bei so unbestimmt angeführter Begründung des Anspruchs auch nur allgemein vorgeschrieben werden, kann mithin nur das Dasein des behaupteten Rechts betreffen, so daß es der Partei freisteht, alle solche Thatsachen vorzubringen und zu beweisen, wodurch das von ihr verfolgte Recht als begründet dargestellt wird, sollte auch in den bisherigen Acten

4) Collmann, a. a. O., §. 64. Seuffert u. Glück, Blätter für Rechtsanwendung, S. 405 fg. Planck, a. a. O., §. 29 fg., S. 257 fg.

5) Thatsachen zu suppliren ist der Richter nicht befugt. Gensler, Archiv für civil. Praxis, I, 344 fg. And. Mein.: Weber, a. a. O., II, §. 12 a. E. Darüber Planck, a. a. O., S. 264 fg.

6) v. Langenn u. Kori, Erörterungen prakt. Rechtsfragen, I, 112 fg. Buchka, Einfluß des Processes, II, 198, und die Note 7 dort Citirten. And. Mein.: v. Savigny, VI, 533 fg.

davon noch gar nicht die Rede gewesen oder höchstens im Verfolg der Verhandlung eine Begründungsart blos beispielsweise genannt worden sein, in welchem letztern Falle man ihr sogar nicht würde verbieten können, einen Beweis per aequi pollens zu versuchen [7]). — Sobald hingegen die Klage oder Einrede gleich anfangs speciell begründet worden ist, würde weder eine derartige Beweisführung noch irgend eine neue bisher nicht erwähnte Art den Anspruch zu begründen, zugelassen werden können, ohne eine Aenderung der Klage oder Einrede zu veranlassen, welche in der jetzigen Lage des Rechtsstreits unzulässig sein würde. Von den directen relevanten Begründungsarten einer Klage oder Einrede muß man jedoch Dasjenige genau unterscheiden, was lediglich zu einem künstlichen Beweise derselben dienen soll. Denn dieses ist in allen Fällen uneingeschränkt zulässig, weil die Gesetze den Beweisführer nie auf die natürliche Herstellung des Beweissatzes beschränkt, sondern ihm jederzeit auch den künstlichen Beweis gestattet haben. Eine richtige Proceßleitung wird aber bei einem künstlichen Beweise ebenso wie auch bei der unbestimmt abgefaßten Begründung der Klage oder Einrede nie zu dem Beweisverfahren über die neuen Thatsachen eingehen, ohne nicht zuvor erst noch eine Einlassung auf dieselben verlangt zu haben.

IV. Aber nicht Alles, was in den frühern Acten vorgetragen ist, kann Gegenstand des Beweissatzes sein, vielmehr beschränkt sich dieser 2) lediglich auf das Relevante [8]), und zwar auf dasjenige Relevante, was nach richtiger Theorie über die Begründung der Klagen und Einreden für erheblich geachtet werden muß, auch im einzelnen Falle nicht bereits zur juristischen Gewißheit dadurch erhoben worden ist, daß in Bezug darauf ein unumwundenes gültiges Geständniß (§. 128, IV.) unzweifelhaft vorliegt, oder daß dafür eine Rechtsvermuthung (§. 133, II.) ausgemacht eintritt, oder wahre Notorietät (§. 127[a], IV.) spricht.

---

7) Vergl. Pufendorf, II, obs. 196. Dagegen Gensler, Archiv für civil. Praxis, I, 382. Comp., Note n.

8) Jüngster Reichsabschied, §. 50. Gönner, Handbuch, II, Abh. 37, §. 15. Schneider, Vom Beweise, §. 52 u. 53. Martin, Jahrb. für Rechtspflege in Sachsen, I, 195. Weber, a. a. O., VI, §. 34 fg. Planck. a. a. O., S. 262 fg.

Zwar wird in der Praxis häufig behauptet, daß als Grund der Klage oder Einrede Alles zu betrachten sei, was für den einzelnen Fall im Libell vorgetragen worden ist; allein die Unrichtigkeit dieser Ansicht ist, weil sie die gesetzlichen Regeln über die Beweislast, das officium judicis suppletorium und die gesetzlichen Regeln über Auslegung eines Parteivortrags vernichten [9]) würde, so ausgemacht, daß man schwerlich bei einem Gericht von dieser Meinung einen Nachtheil zu befürchten hat. Es bestehen aber nach der richtigen Theorie die von den Parteien zu beweisenden Thatsachen nur in den Erfordernissen des Entstehens des behaupteten Rechts für den Producenten, d. h. in Alledem, was nach den Gesetzen nothwendig vorhanden sein muß, wenn dem Beweisführer das behauptete Recht wider seinen Gegner auf eine vor Gericht verfolgbare Art zustehen, also bei und für ihn entstanden sein soll. Dagegen gehört nichts dahin, was die Fortdauer des Rechts betrifft oder darauf sich bezieht, daß das Recht nicht aufgehoben, nicht verändert sei, weil jedes vorhandene Recht so lange von selbst fortdauert, bis eine Veränderung damit eingetreten ist, diese aber eine neue Thatsache bildet. Wenn daher gleichwol von dem Richter mehr auferlegt wird, als jenes Entstehen des Rechts erfordert, so ist das Mehre zwar nicht immer unerheblich, sondern nur der Vorbescheid ungerecht, weil er die Beweislast von einer Partei auf die andere überträgt, und deshalb durch rechtzeitige Einwendung eines Rechtsmittels zu beseitigen. Häufiger dagegen ist derselbe aber irrelevant und, es mag bewiesen werden oder nicht, in Beziehung auf den dermaligen Rechtsstreit und dessen Entscheidung für keine Partei in Ansehung ihrer Rechte und Pflichten vom geringsten Erfolge, weshalb er denn insoweit ohne Nachtheil bis zur rechtskräftigen endlichen Entscheidung hintangesetzt werden kann.

V. Streitiger ist dagegen allerdings die Frage, ob ein irrelevantes Beweisthema, wenn es im richterlichen Vorbescheide speciell festgesetzt ist und die Rechtskraft beschritten hat, vermöge dieser so unabänderlich geworden sei, daß von dessen Irrelevanz

---

9) Z. B. L. 1, 4, 5, §. 1; L. 6, 8, 11, 25, pr. §. 1, D. de prob. (22, 3). — L. 66 D. de judic. (5, 1). — L. 134 D. de reg. jur. (50, 17)

nachher nicht weiter die Frage sein könne [10]). Zwar wird, wenn es bei der Beweisführung auf den Eid ankommt, behauptet, die irrelevanten Beweissätze seien, wenn sie auch rechtskräftig geworden wären, dennoch bei Seite zu setzen, um nicht einen vergeblichen Eid zu veranlassen. Allein hierauf läßt es sich nicht beschränken, sondern es muß der irrelevante Beweissatz ohne Unterschied zu jeder Zeit verworfen werden können, weil in der That bei ihm kein Rechtsbestand gedacht werden kann. Denn durch den Jüngsten Reichsabschied, §. 50, ist ausdrücklich verboten [11]), etwas Unerhebliches zum Beweise zuzulassen, weit mehr folglich dasselbe als Beweissatz aufzustellen. Der Vorbescheid würde daher, weil er gegen ein verbietendes Gesetz verstößt, insofern null und nichtig sein, und zwar auf unheilbare Weise, weil dieser Fehler durch Fortsetzung der Sache nicht gehoben werden kann (§. 284). — Dazu kommt, daß die Rechtskraft überhaupt nur die Rechte und Pflichten der Parteien bestimmen kann, weil diese von deren Willkür abhängen und daher durch Unterwerfung unter das Erkenntniß übernommen worden sind, hier aber von der Pflicht des Gerichts, bei Abfassung des Endurtheils den Werth des geführten Beweises nach dem Beweissatze zu prüfen, die Frage ist. Auf diese Pflicht kann aber die Willkür der Parteien nicht einwirken, vielmehr ist der Richter von dieser unabhängig. Es kann daher auch die Rechtskraft den irrelevanten Beweissatz ebenso wenig relevant machen, als das gerichtliche Bekenntniß über eine falsche Rechtstheorie dem Richter die Hände bindet. — Endlich aber ist in Cap. 12 de appellationibus in VI^to^ (2, 15) den Parteien ausdrücklich gestattet, bei den Appellationen gegen das Endurtheil diejenigen Beschwerden nachzuholen, welche sie gegen die Vorbescheide schon früher hätten vorbringen können.

---

10) Außer den im Comp. genannten Schriftstellern: Linde, Lehrbuch, §. 245, Note 29; v. Pape, Archiv für civil. Praxis, XXX, 107 fg.; besonders aber Planck, a. a. O., §. 35 u. 36, welcher das Beweisurtheil, auch wenn es Irrelevantes zum Beweise verstellt, als der Rechtskraft fähig betrachtet, in §. 36 aber eine Kritik der verschiedenen Ansichten gibt. Ihm tritt wesentlich bei Bayer, §. 230—232, S. 745—754.

11) Anderer Meinung Planck, a. a. O., S. 194—206.

VI. Ein dritter Grundsatz in Ansehung des Beweisthemas geht aber dahin, daß alle in dem einzelnen Rechtsstreite eines Beweises bedürfende Thatsachen auf einmal neben einander [12]) dargethan werden müssen; daher zuvörderst alle Bestandtheile desselben Beweissatzes nicht von einander getrennt werden können, sondern ein unzertrennliches Ganze bilden, so daß ein gelungener Beweis nicht schon der genannt werden kann, der eine Mehrzahl der Erfordernisse des einzelnen Beweissatzes darthut, sondern nur derjenige, der sie sämmtlich wenigstens einigermaßen ins Licht setzt; das will die alte Regel „probatio est individua" sagen [13]). Nach Beschaffenheit des streitigen Rechtsverhältnisses muß also die Anzahl aller der Thatsachen aufgesucht werden, die in diesem Falle sämmtlich darzuthun sind, so z. B. wenn es auf die Gültigkeit eines Privattestaments ankommt, daß nicht blos sieben Zeugen uno actu gegenwärtig, sondern daß diese auch rogati waren. Wenn daher auch das Beweisthema nur generell vorgeschrieben ist, so verzeiht man es dem Producenten doch nicht, wenn er den ihm obliegenden Beweis blos theilweise und nicht nach seinem ganzen Umfange geführt hat. Den Producenten trifft aber ein solcher Vorwurf alsdann freilich nicht, wenn ihm im Vorbescheide ein genau vorgeschriebenes Beweisthema gesetzt wurde, welches etwa den einen oder andern erheblichen Umstand weggelassen hat [14]), sondern es bleibt in diesem Falle nur die Frage, ob durch die Rechskraft des Vorbescheides das unvollständige Thema unabänderlich geworden sei, oder ob nicht vielmehr die fehlenden Thatsachen in einem neuen Bescheide nachgefordert werden können. Letzteres behauptet man allgemein [15]), sobald die weggelassenen Umstände nur das quid quale quantum

---

12) Schneider, a. a. O., §. 54. v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 83 fg. Puchta im Rhein. Museum, I, 165 fg.

13) Carpzov, Respon., lib. 2, p. 264. Wernher, Obs., pars. 8, obs. 454, p. 422.

14) Arg. L. 167, §. 1, D. de reg. jur. Qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet.

15) Gensler, Archiv für civil. Praxis, 381 fg. Mittermaier, das., VII, 98. v. Bülow u. Hagemann, Erört., VI, 185 fg., 418. v. Reinhardt, Handbuch, I, §. 155.

des Anspruchs betreffen, weil, wenn der auferlegte Beweis im Uebrigen gelungen ist, zu Gunsten des Producenten erkannt und die fehlende Quantität in die Liquidationsinstanz verwiesen wird. — In Ansehung anderer Unvollständigkeiten aber, die sich bei einem Beweissatze finden mögen, ist das nicht so ausgemacht, und es bleibt daher für den Producenten immer rathsam, ein Rechtsmittel gegen den Vorbescheid zu ergreifen, um dessen Unvollständigkeit zu rügen; ja der Producent handelt sogar vorsichtig, wenn er, mag auch ein solches unvollständiges Erkenntniß durch Rechtsmittel nicht angefochten sein, lieber freiwillig den Beweis von Alledem zu offeriren, was etwa künftig noch gefordert werden müßte, wenn er ein günstiges Resultat erlangen wollte. Denn die richtigere Meinung behandelt ohnehin einen solchen mangelhaften Beweissatz als einen insoweit unerheblichen, so daß man das Fehlende immer noch verlangen kann, weil da, wo die Gesetze zur Begründung eines Rechtsverhältnisses mehre Umstände neben einander erfordern, nicht einzelne derselben, sondern nur das Beisammensein aller von Bedeutung ist. — In der Praxis versteht man aber obige Regel noch in einem weit größern Umfange, indem man für die Beweisführungen aller Art, die in einem Processe vorkommen können, nur einen Proceßabschnitt, eine Beweisinstanz, gestützt auf die Eventualmaxime, gestatten will. Es muß daher nicht nur die nämliche Partei über mehre Klagen oder Einreden, sollte sie dieselben auch nur alternativ cumulirt haben, den Beweis eventuell für alle zugleich führen, sondern es muß neben dem Beweise der Klage auch der Gegenbeweis, der directe sowol als der indirecte, gleichzeitig instruirt werden, und der Kläger sogar neben dem Beweise seiner Klage den seiner Repliken und Tripliken, wenn auf dieselben etwas ankommen könnte, der Beklagte aber neben dem Beweise der Einreden den der Dupliken und Quadrupliken führen. Man pflegt dies mit dem besondern Namen des Elisivbeweises zu bezeichnen. — In allen solchen Fällen bleibt zwar der Beweissatz eines jeden einzelnen Angriffs ein für sich allein bestehender, der von den übrigen genau getrennt werden muß, die Abfassung des Vorbescheides aber hat in dergleichen Fällen, wenn man namentlich specielle Beweissätze vorschreiben will, besondere Schwierigkeiten.

VII. Bei dem Mangel besonderer gesetzlicher Vorschriften über die Abfassung 16) solcher Vorbescheide befolgt man für diesen Zweck den Grundsatz, daß zunächst die Beweissätze aller cumulativ gehäuften Klagen und Widerklagen auch in dem Vorbescheide gänzlich getrennt werden, indem man sie der Reihenfolge nach behandelt; dahingegen alle Beweissätze, welche das nämliche Object betreffen, nach Verschiedenheit der Parteirollen in zwei Classen getheilt werden, so daß man alle für den Kläger ebenso wie alle die, welche dem Beklagten vorzuzeichnen sind, zusammennimmt, mögen es Beweise der Klage und Replik oder der Einreden und Dupliken sein. Durch die Reihenfolge im Vorbescheide wird zugleich festgesetzt, welche von beiden Parteien in diesem Falle den ersten Beweis zu führen verpflichtet ist, und welche von ihnen dagegen nur den indirecten Gegenbeweis zu liefern hat. Bei jeder einzelnen Partei aber, welcher solchergestalt mehre Beweissätze darzuthun auferlegt worden, muß die Frage, ob dieselben einen gemeinschaftlichen Hauptsatz bilden, oder aber, ob einer den andern vertritt, so daß es hinreicht, nur einen einzigen dargethan zu haben, durch vorsichtige Fassung in copulativer oder alternativer Form entschieden werden. — Hierbei wird übrigens niemals für den directen Gegenbeweis ein Beweisthema bestimmt 17), selbst dann nicht, wenn zu dem Ende die exceptio rei non sic, sed aliter gestae vorgeschützt wäre. Denn was in derselben vorgetragen ist, dient doch nur zur künstlichen Beweisführung über die Unwahrheit der Behauptungen des Gegners: der künstliche Beweis aber wird im Vorbescheide nie besonders erwähnt. Der directe Gegenbeweis ergibt sich daher allenthalben durch die Consequenz und wird höchstens am Schlusse des Vorbescheides allgemein jeder Partei reservirt.

---

16) Martin, Referirkunst, §. 32 fg. Bergmann, Einleitung, S. 316 fg. v. Bülow u. Hagemann, a. a. O., III, 77; VI, 36. Bayer, a. a. O., S. 741 fg.

17) Puchta, Rhein. Museum, I, 265. Gönner, Handbuch, II, Abh. 41, §. 4. Schmid, Handbuch, II, 137. Bayer, a. a. O., S. 768 fg.

§. 182.

2) Von der Beweislast [1]).

I. Mit Recht stellt Weber in seiner classischen Schrift [2]) die Regel auf: „Wer ein Recht oder eine Befreiung von einer Anmaßung Anderer (ganz oder zum Theil) mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Thatsachen zu beweisen, deren Wahrheit jenes Recht oder jene Befreiung als nothwendig voraussetzt." Den Angreifenden also trifft in Ansehung seiner selbständigen Behauptungen die Verbindlichkeit zur Beweisführung, sobald noch ungewisse Thatsachen die Grundlage des Angriffs bilden. Man muß daher davon ausgehen, daß nicht allein das wirkliche Entstehen des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses zwischen den jetzigen Parteien, sondern auch dessen gerichtliche Verfolgbarkeit, d. h. die Zulässigkeit hier, jetzt und in der Weise, wie es geschehen', deshalb richterliche Hülfe nachzusuchen, soweit Beides von einer an sich noch zweifelhaften Thatsache abhängt, Gegenstand der Beweislast ist. Denn das Dasein des Anspruchs an und für sich reicht nicht dazu hin, die richterliche Hülfe gerade auf die Weise, wie man dieselbe im einzelnen Falle begehrt, zu erhalten, vielmehr sind z. B. rücksichtlich des Gerichtsstandes, der Proceßart, der Zulässigkeit der Klage gar nicht selten Bedenken vorhanden und deshalb besondere Nachweisungen nöthig. Mehr kommt dies allerdings in Ansehung der Ansprüche des Klägers als des Beklagten vor, indessen wird z. B. auch bei der Einrede der Compensation, daß die Schuld exigibel sei, bei den einlassungshindernden Einreden, daß sie liquid seien, erfordert.

---

1) Außer den im Comp. citirten Schriftstellern: Pfeiffer, Vermischte Aufsätze, S. 111—222. Mühlenbruch, Entwurf, S. 157 fg. Albrecht, Exceptionen, S. 183 fg. Knappe, Exceptionen, S. 100 fg. v. Savigny, System, V, §. 225, S. 152 fg. Rizy, Verbindlichk. zur Beweisführung (Wien 1841). Schmid, Handbuch, §. 123, II, 175 fg. Bayer, Vorles., §. 227, S. 725 fg.

2) Weber, Verbindlichk. zur Beweisf., S. 158 fg. (3. Aufl., S. 86 fg.). Heffter, Revision dieser Theorie, das., S. 202 fg.

II. Von einem andern Principe gingen die ältern Juristen bei Bestimmung der Pflicht zur Beweisführung aus, indem sie diese vorzüglich nach dem Principe[3]) regulirten: „ein verneinender Satz brauche nie erwiesen zu werden", d. h. keine Partei sei schuldig, die Nichtexistenz eines Ereignisses oder eines Rechts, einer Verpflichtung darzuthun, wenn sie gleich darauf ihre Klage gründe. Die neuern Juristen aber haben fast durchgehends dieses Princip verworfen, neuerdings hat es jedoch wieder einige Vertheidiger gefunden[4]). Allein die vorgebrachten Gründe erscheinen kaum zureichend, weshalb man dabei stehen bleiben muß: die Beweislast hängt gar nicht davon ab, ob die zu erweisende Thatsache in einem Unterlassen oder einer Commissivhandlung, einer Nichtexistenz, besteht, oder gar einen negativen oder affirmativen Satz bildet, vorausgesetzt nur, daß dieselbe den Grund der Klage oder Einrede der Partei bildet, also eine solche Thatsache überhaupt erwiesen werden muß. Denn einmal fehlt es an allen Gründen dabei, aus der Natur der Sache eine Ausnahme von der allgemeinen Regel herzuleiten, weil nicht etwa die Unmöglichkeit vorliegt, dergleichen zu erweisen, indem wenigstens der Eid stets direct als Beweismittel zulässig sein wird, bezüglich der Glaubenseid, wo dieser gestattet ist, und daher der dafür angeführte Grund, impossibilium nulla datur obligatio, nicht hierher paßt; anderntheils rechtfertigt sich diese Behauptung aus dem positiven Rechte keineswegs. Die Stellen des Römischen Rechts[5]), welche die Gegner für ihre Behauptung anführen, enthalten das aufgestellte Princip gar nicht, sondern blos den Satz: nicht die Partei, welche des Gegners Behauptung leugnet, sondern diejenige, welche vermöge ihrer Rechtspflicht eine Behauptung aufstellt, muß darüber den Beweis führen, sei das

---

3) Nach L. 23 C. de probat. (4, 19). L. 10 C. de non. num. pec. (4, 30).

4) Klötzer, Versuch eines Beitrags zur Lehre von der Beweislast, S. 30—80; auch Kori, Archiv für civil. Praxis, VIII, 90 fg. Rizy in der angef. Schrift. Dagegen Borst, a. a. O., §. 18—20. Linde, Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, I, 94 fg. Heffter, a. a. O., S. 224.

5) L. 2 D. de probat. (22, 3). L. 23 C. de probat. (4, 19). L. 10 C. de non num. pec. (4, 30).

Object der Behauptung welches es wolle. Die Gesetze reden nicht vom Objecte (dem Materiale) der Proceßvorträge, sondern von der Handlung der Partei, ob solche ein Leugnen sei. Der Einwand aber, das Wort „factum" bezeichne kein non ens [6]), sondern setze ein positives Ereigniß voraus, ist grundlos. Denn im Römischen Rechte wird namentlich im Beweise factum dem jus entgegengesetzt, und begreift Alles unter sich, was nicht Rechtssatz [7]) ist, die Omissivhandlungen wie die commissiven, kurz, die historischen Sätze. Dies Letztere zeigen namentlich die gesetzlichen Beispiele [8]) von Beweisauflagen über ein non ens, eine Negative. Das Kanonische Recht [9]) aber, welches allerdings in einigen Stellen die Beweisführung von Negativen für unmöglich erklärt, ist ohnehin insoweit als Gesetz nicht zu betrachten, da es nur historische Behauptungen aufstellt, und wird im Uebrigen durch die bisherigen Ausführungen widerlegt.

III. Von der hiernach gerechtfertigten allgemeinen Regel sind dann durch positive Gesetze specielle Ausnahmen [10]) gemacht worden, in welchen die regelmäßige Beweislast verändert worden ist. Diese Ausnahmen sind aber A. unbedingte, d. h. solche, welche ohne alle Rücksicht auf das Betragen einer Partei im gegenwärtigen Rechtsstreite eintreten; und es ist dahin zu rechnen 1) daß die Minderjährigen, die Frauenzimmer, Soldaten, die im Proceßführen ungeübten Leute vom Lande, endlich einfältige und unordentliche Hauswirthe bei angestellter condictio indebiti wegen solcher Zahlungen, welche sie selbst geleistet haben, darüber den Beweis zu führen nicht brauchen, daß solches ein indebitum gewesen sei [11]), während dies doch in allen

---

6) L. 189 D. de V. S. L. 155 D. de reg. jur. Brissonius, s. v. „factum". Vergl. oben §. 84, S. 454.

7) Z. B. L. 122 D. de V. S.

8) L. 5, §. 1; L. 15 D. de probat. (22, 3). L. 25, pr. eod. L. 13 C. de non num. pec.

9) Can. 2, caus. 6, qu. 5. Cap. 23 X. de elect. (1, 6). Cap. 11 X. de probat. (2, 19).

10) Weber, a. a. O., VI, §. 30. Heffter, Zusätze, S. 217 fg.

11) L. 25 D. de probat. (22, 3). Mühlenbruch, Pandekten, II, §. 379.

andern Fällen vom Kläger dargethan werden muß. — 2) Daß bei der Regreßklage eines ehemaligen Pupillen gegen die Obervormundschaft, wegen Insolvenz des Vormundes und Unzureichendheit der für denselben angenommenen Caution nicht der klagende Pupill beweisen soll, daß die angenommenen Bürgen schon bei deren Annahme unsicher gewesen seien, sondern der Beklagte, daß sie erst nach der Hand um ihr Vermögen gekommen sind [12]). — Außer diesen Fällen sind B. bedingte Ausnahmen in Ansehung der Beweislast solche, welche nur dann eintreten, wenn im einzelnen Rechtsstreite ein pflichtwidriges Benehmen der Gegenpartei in ihrer Einlassung auf den Angriff vorgefallen ist. Dahin gehört 1) die Befreiung des Klägers vom Beweise des Eigenthums, wenn der Beklagte auf die erhobene Eigenthumsklage den Besitz der vindicirten Sache wahrheitswidrig geleugnet hat [13]); 2) bei der condictio indebiti. wenn der Beklagte den Empfang des Geldes wahrheitswidrig in Abrede gestellt hat [14]). Denn in beiden Fällen geht nach widerlegtem wahrheitswidrigen Leugnen die Beweislast auf den Beklagten über.

IV. Alle diese gesetzlichen Ausnahmen lassen sich schwerlich aus dem Gesichtspunkt rechtfertigen, als ob eine Rechtsvermuthung den bevorzugten Personen zur Seite stehe [15]), und deshalb von ihnen ein Beweis nicht verlangt werden könne, denn theils enthalten die Gesetze von einer solchen Rechtsvermuthung nichts, theils würde durch eine solche die Art und Weise der Beweisführung eine viel schwierigere werden, indem z. B. der Eidesantrag gegen eine solche Rechtsvermuthung nicht gebraucht werden könnte, gleichwol aber eine solche Abweichung in Ansehung der Beweismittel in den Gesetzen nirgends angedeutet ist. — Ob übrigens diese Ausnahmen von der Beweislast noch durch Uebereinkunft der Parteien vermehrt werden können, ist in den Gesetzen [16]) nicht ausdrücklich bestimmt, scheint aber um so weniger

---

12) L. 11 D. de probat.
13) L. 80 D. de rei vindic. (6, 1). Nov. 18, cap. 10.
14) L. 25, pr. D. de probat.
15) Davon geht aus: Borst, Beweislast, §. 32.
16) Vergl. L. 14 D. de probat.

Bedenken zu haben, als es sich hier nur um Rechte und Pflichten der Parteien selbst handelt. Man darf aber dabei den Grundsatz „probatio fit judici, non partibus" nicht vergessen. Denn wenn lediglich die Parteien über die Last der Beweisführung einig wären, Derjenige aber, dem diese eigentlich nicht oblag, den freiwillig übernommenen Beweis nicht führte, würde das Gericht über die relevanten Thatsachen, die auf solche Weise nicht ins Klare gekommen wären, immer noch im Zweifel sein. Soll daher eine solche Uebereinkunft Erfolg haben, so müssen die Parteien dahin einig sein, daß wenn Derjenige, welcher gegen die Regel den Beweis übernimmt, diesen nicht liefern sollte, es eventuell so angesehen werden solle, als habe er das Gegentheil von dieser Thatsache eingestanden. Es wird daher auch von einer stillschweigenden Uebereinkunft in Ansehung der Beweislast nicht wol die Rede sein können, weil die concludenten für eine solche sprechenden Handlungen ohne ein Zugeständniß der streitigen Thatsachen doch nicht so weit gehen können, die Gewißheit des zu erweisenden Thatumstandes für den Richter zu begründen, eine solche auch in einem anticipirten, aber mislungenen Gegenbeweise nicht zu finden ist.

§. 183 und 184.

3) Von der Beweisfrist.

I. Das Römische Recht und Kanonische Recht [1]) kannten mit sehr wenigen Ausnahmen [2]) keine Beweisfrist, weder eine legale noch richterlich bestimmte, und gestatteten daher den Parteien ihre Beweisführung nicht auf einmal umfassend durch Benutzung aller bekannten Beweismittel zu versuchen, sondern nach

---

1) L. 12, pr. C. de reb. cred. (4, 1). Cap. 2 X. de fide instr. (2, 22). v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 265.

2) a. Die gegen den Fiscus vorgeschützte Einrede der Compensation war binnen 2 Monaten, L. 46, §. 4, D. de jure fisci (49, 14), b. die Einrede des Spoliums binnen 15 Tagen, Cap. 1 de restit. spoliat in VI^to^ (2, 5), c. die Einrede der Excommunication binnen 8 Tagen, Cap. 1 de except. in VI^to^ (2, 12) nach geschehener Vorschützung zu beweisen.

einmal geschehener Beweisantretung zu derselben mehrmalige Nachträge auch bereits gekannter Beweismittel zu liefern, was nur für des Zeugenbeweises von Justinian [3]) einigermaßen durch Bestimmung von höchstens vier Productionen und durch einen Gefährteeid bei der vierten, sowie durch die Bedingung beschränkt worden ist, daß die Aussagen der frühern Zeugen noch nicht publicirt sind, bezüglich ein directer Gegenbeweis noch nicht angetreten ist. — Allein im spätern deutschen Processe [4]) führte man die Beweisfrist, welche der Richter [5]) zu bestimmen hatte, ein, wogegen Landesgesetzgebungen dieselbe zu einer gesetzlich bestimmten Frist erhoben. Der Zweck der Beweisfrist geht aber dahin, die Parteien zu verpflichten, alle Beweismittel, deren sie sich im einzelnen Falle bedienen wollen und die sie bereits kennen, ebenso gut auf einmal neben einander vorzuschlagen, wie sie dies in Ansehung der Einreden bei der Litiscontestation oder der Repliken und Dupliken zu thun schuldig sind.

II. Ueber die Wirkungen der Beweisfrist, worunter man jetzt diejenige Zeitbestimmung im Civilprocesse zu verstehen hat, binnen welcher die zum Beweisführen verpflichtete oder berechtigte Civilpartei alle Beweismittel einzeln und auf gehörige Weise anzuzeigen hat, sobald ihr dieselben bekannt sind und sie sich derselben zur Führung ihres Beweises in diesem Rechtsstreite bedienen will, werden, soweit es sich um deren richterliche Bestimmung handelt und sie nicht landesgesetzlich festgesetzt ist, drei Hauptstreitfragen aufgeworfen: 1) ob der Ablauf der ersten Frist, die das Gericht zum Beweise festgesetzt hat, oder nur erst der dritten peremtorisch für die Beweisführung, und ob dabei der bloße Ablauf der Zeit genüge oder ein Präclusivdecret erforderlich sei; 2) ob dem Beweisführer, der den Beweis zur gehörigen Zeit angetreten hat, noch ein Additionalbeweis

---

3) Nov. 90, cap. 4. Cap. 15, 25, 26, 35, 36, 55 X. de test. (2, 26); Clem. 2 de testib. (2, 8); auch Cap. 9 X. de fide instr. (2, 22).

4) Reichskammergerichtsordnung von 1508, Tit. 12, §. 5. Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 16, §. 3. Die §§. 45, 47 u. 48 beziehen sich auf das eigenthümliche Verfahren beim Reichskammergerichte. Planck, Beweisurtheil, S. 176 fg., 197.

5) Daß der Richter dazu befugt ist, leidet keinen Zweifel. Arg. Cap. 4 X. de except. (2, 25). Clem. 2, de V. S.

namentlich dann gestattet sei, wenn er sich denselben bei der ersten Beweisantretung ausdrücklich vorbehalten hat; endlich 3) ob eine Veränderung mit dem angetretenen Beweise späterhin noch insofern vorgenommen werden könne, als nicht Zusätze zu demselben geliefert, sondern von den vorgeschlagenen Beweismitteln nur einige fallen gelassen werden.

Eigenthümliche Regeln über diese Fragen existiren im gemeinen Rechte nicht, es müssen daher die allgemeinen Principien über die Beschaffenheit der richterlichen Fristen, über deren Wirkungen, wenn sie befolgt werden, endlich über die mutatio libelli entscheiden. Daher hat (zu 1) schon Durantus[6]) einen Unterschied gemacht, ob das Gericht bei Festsetzung der Beweisfrist ausdrücklich eine statt dreier, oder einfach nur eine Frist normirt hat, und ebenso läßt sich hierbei die Nothwendigkeit eines Präclusivdecrets[7]) darum nicht bezweifeln, weil sie bei allen peremtorischen richterlichen Fristen eintritt und selbst die Beschuldigung des Ungehorsams von Seiten der Gegenpartei allein dem Gegner kein Recht nehmen kann, dieses ihm vielmehr erst durch das Gericht abgesprochen werden muß. — (Zu 2.) Ueber die Zuläſſigkeit des Additionalbeweises von Seiten des gehorsamen Beweisführers würde man weniger gestritten haben, wenn nicht im Römischen Rechte dergleichen Additionalbeweise unter den oben erwähnten Einschränkungen ausdrücklich als zulässig anerkannt worden wären (Note 3). Allein dabei hat man vergessen, daß das Römische Recht die Beweisfrist gar nicht kennt, und daß daher bei uns jene Vorschrift keine Anwendung mehr leidet, sobald eine Beweisfrist bestimmt worden ist. Denn alsdann hat selbst der gehorsame Beweisführer durch concludente Handlungen einen Verzicht auf alle diejenigen Beweismittel er-

6) Duranti Specul. jur., II, part. 2 de probat. prooem. n. 1 (Frankfurter Ausgabe von 1612, II, 263). Nach L. 68—70, 72 D. de judic. (5, 1); Cap. 9 X. de probat. (2, 19) ist diese Frist als eine peremtorische nicht zu betrachten. Vergl. auch Gönner, II, Abh. 37, §. 29 u. 30. Brackenhöft, Archiv, XXVIII, 212. Planck, a. a. O., S. 298. Anderer Meinung Mevius, VII, decis. 36. Reinhardt, Sammlung vermischter Schriften, II, 1—20, §. 1.

7) Bayer, Vorlesungen (8. Aufl.), S. 930.

klärt[8]), welche er beim Beweisantritte nicht mitgenannt hat, und es bedarf nicht einmal des Ablaufs der bestimmten Frist, sollte es gleichwol die erste sein, um zu behaupten, daß dieser gehorsame Beweisführer mit allen andern Beweismitteln zufolge seines eigenen Willens ebenso ausgeschlossen sei wie der Beklagte, welcher der Litiscontestation nur einige, nicht alle Einreden beigefügt hat. Nur in solchen Fällen, wo der Beweisführer später neue Beweismittel entdeckte[9]), die er innerhalb der Beweisfrist nicht benutzen konnte, steht ihm sein Verzicht nicht entgegen, weil dieser stets unter der Clausel „nisi quid novi" verstanden wird. — Ob aber ein gleiches Recht zu Nachträgen durch ausdrücklichen Vorbehalt bei der Beweisantretung begründet werden könne, ist eine andere Frage, welche, wenn ein fatale in der Beweisfrist enthalten wäre, unbedingt verneint werden müßte[10]); wogegen, wenn nur eine einfache richterliche Frist im einzelnen Falle bestimmt war, jener Vorbehalt in der That einen Ungehorsam gegen die richterliche Auflage enthält, und daher besonders bei einer dilatorischen Beweisfrist ein neues Decret veranlassen muß, wodurch der reservirte Additionalbeweis auf eine peremtorische Frist beschränkt wird, nach deren Ablauf, falls er auch bis jetzt nicht nachgeliefert wäre, ein Präclusivdecret deshalb nothwendig wird. Sollte das Gericht diese Proceßleitung vergessen haben, so würde ein Vorbehalt jener Art so lange wirken[11]), als das Ende der Beweisinstanz durch Publication des Rotuls oder erfolgte conclusio in causa noch nicht eingetreten

8) v. Almendingen, Metaphysik des Civilprocesses, S. 131 fg. Heidelberger Jahrb. der Literatur von 1809, S. 317 fg. Bayer, a. a. O., S. 928 a. E.

9) Arg. §. 73 des Jüngsten Reichsabschiedes. Grolmann, Theorie, §. 191, Note a. Schneider, Vom Beweise, §. 472 fg. Bayer, a. a. O., S. 929. Vergl. auch Gem. Besch. des Reichskammergerichts vom 7. Juli 1669.

10) Arg. Cap. 64 de reg. jur. in VI[to] — quae contra jus fiunt, debent utique pro infectis haberi.

11) Anderer Meinung Bayer, a. a. O., S. 929, welcher einen Vorbehalt unverträglich mit der Eventualmaxime hält. Heise u. Cropp, Abhandl., I, 276. v. Linde, Lehrbuch, §. 245, Note 8. Schmid, Handbuch, II, 195, Note 20.

ist. — Endlich ist (zu 3) eine Veränderung in Ansehung des angetretenen Beweises durch Verzichtleistung auf einzelne Beweismittel so lange nicht unzulässig, als diese nicht beiden Theilen gemeinschaftlich geworden sind [12]). Denn wäre dies der Fall, wie es bei Zeugen beim Productionstermine eintritt, so könnte eine solche Veränderung nur mit Zustimmung des Gegners gestattet werden.

III. Mit einer solchen freiwilligen Veränderung muß man aber den Fall nicht verwechseln, wo die zeitig vorgeschlagenen Beweismittel zufällig verloren gehen [13]), ehe sie wirklich angewendet werden konnten, also z. B. wenn Zeugen vor dem Verhöre sterben. Denn ein solcher Unfall muß, streng genommen, zwar von Demjenigen getragen werden, dessen Rechte von dem zu führenden Beweise abhängen; allein es wird nie in einem solchen Falle die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verweigert, und damit erlangt der Beweisführer die Befugniß, einen neuen Beweis anzutreten, wobei er weder auf die nämliche Art von Beweismitteln, deren er sich vorher bedient hatte, beschränkt, noch auch nur die nämliche Zahl von verlorenen Beweismitteln zu substituiren gebunden, sondern sogar mehre an die Stelle eines zu setzen berechtigt ist, weil die Personen der Zeugen abgewogen, nicht gezählt werden müssen.

IV. (§. 184.) Die Hindernisse [14]), welche den Fortlauf der Beweisfrist und mithin die Verbindlichkeit, innerhalb derselben den Beweis anzutreten, wenigstens für einige Zeit hemmen können, müssen nicht sowol als etwas Eigenthümliches betrachtet werden, was nur in der Beweisinstanz Anwendung litte, sondern als etwas, was ebenfalls auf allgemeinen

---

12) Gönner, Handbuch, II, Abh. 39, §. 5. Westphal, Rechtsgutachten, S. 115, §. 11. Vergl. Nov. 49, cap. 2, §. 1. Anderer Meinung v. Linde, a. a. O., S. 311. Schmid, a. a. O.

13) Gönner, a. a. O., §. 6 u. 7. Westphal, a. a. O., S. 128. Spangenberg, Archiv, VII, 219. Schmid, Handbuch, II, 195. Anderer Meinung Bayer, a. a. O., S. 929, aus gleichem Grunde wie oben (Note 11).

14) Gönner, II, Abh. 37, §. 33—37. Gesterding im Archiv für civil. Praxis, V, 261 fg., und Nachforschungen, IV, 161 fg., §. 2. Bayer, a. a. O., S. 927 fg.

Grundsätzen beruht. Denn so gibt (zu 1 des Comp.) der allgemeine Satz, daß Niemand einem Erkenntnisse, welches ihn irgend wozu für schuldig erklärt, früher Folge zu leisten braucht, als bis dieses Erkenntniß rechtskräftig geworden ist, den Grund ab, warum der unbestimmt vorgeschriebenen Beweisfrist stets noch 10 Tage hinzugezählt werden. Denn erst dann ist man sicher, daß der Vorbescheid befolgt werden muß, und die bloße Möglichkeit der Anfechtung desselben entschuldigt selbst den Producenten, wenn er dem Vorbescheide, den er gleich anfangs gebilligt hat, nicht Folge leistet, weil er Gefahr läuft, durch den Antritt des Beweises so lange etwas Vergebliches zu unternehmen, als sein Gegner den Vorbescheid noch anfechten kann. Aus diesem Gesichtspunkte ist es aber besonders wichtig und zu beachten, daß manche Erkenntnisse gleich mit ihrer Publication rechtskräftig werden (§. 112, IV., S. 549). Bei solchen Erkenntnissen muß daher die Zurechnung der 10 Tage zu der bestimmten Beweisfrist hinwegfallen, weil in diesen Fällen kein Zweifel über die Verbindlichkeit zur Beweisführung vorhanden ist. — Ebenso folgt aus dem nämlichen Grunde, daß wenn im Vorbescheide, welcher den Beweis auferlegt, mehre Streitfragen entschieden sind und gegen die übrigen Streitfragen Rechtsmittel ergriffen werden, dagegen das Beweiserkenntniß selbst von keiner Partei angefochten wird, die Beweisfrist fortläuft, während gegen die andern Streitfragen die Rechtsmittel fortzusetzen sind. Es können daher nur solche Rechtsmittel, welche den zu führenden Beweis in irgend einer Weise berühren, den Lauf der Beweisfrist hemmen. — Was aber die Dauer dieses Hindernisses anlangt, so muß nothwendig zwischen den Rechtsmitteln des Beweisführers und den seines Gegners unterschieden werden. Denn die letztern suspendiren den Lauf der Beweisfrist so lange, bis der Producent in gehöriger Form unterrichtet [15]) ist, daß die Rechtsmittel seines Gegners völlig beendigt sind; dagegen ist derselbe bei den erstern nicht berechtigt, eine besondere Bekanntmachung dieser Erledigung zu verlangen, sondern es läuft ihm die Beweis-

---

15) v. Quistorp, Rechtl. Bemerk., I, 28. Wöltje in Gans, Zeitschrift, I, 355. Anderer Meinung Gesterding, a. a. O.

frist von dem Augenblicke an, wo z. B. durch Desertion des Rechtsmittels der Vorbescheid für ihn rechtskräftig geworden ist. In beiden Fällen kommt aber darauf gar nichts an, ob die Acten des Untergerichts bereits vom Obergericht dahin zurückgeschickt sind oder nicht. Denn selbst in letzterm Falle wird die Beweisantretung dessen ungeachtet geschehen können, da sie lediglich in der Einreichung einer Schrift bei dem Gerichte besteht.

V. Ein ganz anderer Grund veranlaßt dagegen (zu 2 des Comp.) die Hemmung des Ablaufs der Beweisfrist in dem Falle, wo durch das Beweisinterlocut zugleich beiden Parteien befohlen ist, irgend eine Proceßpflicht neben einander zu erfüllen, und nun die eine Partei sich damit im Rückstande befindet. In einem solchen Falle tritt nämlich der Grundsatz ein, daß Niemand seinem Gegner eines Ungehorsams anklagen kann, so lange er selbst noch ungehorsam ist. Hieraus aber folgt, daß der Lauf der Beweisfrist 1) nicht gehemmt wird durch mehre Auflagen, welche dem Beweisführer selbst im Vorbescheide neben einander gemacht sind; 2) daß blos monitorische Aufforderungen, welche etwa an den Producten ergangen sind, den Lauf der Beweisfrist nicht hemmen. Denn ihm war nur das Recht gegeben, nicht aber die Pflicht auferlegt, sich eines solchen Proceßschrittes zu bedienen, daher namentlich der Vorbehalt des Gegenbeweises Denjenigen nicht entschuldigt, der den eigentlichen und ersten Beweis zu führen verpflichtet ist. 3) Ja sogar bei arctatorischen Auflagen läßt sich eigentlich nicht behaupten, daß wenn der Product dieselben nicht befolgt, dadurch für den Producenten der Lauf der Beweisfrist suspendirt sei, sondern nur, daß wegen ihres Ablaufs der Producent des Ungehorsams nicht beschuldigt werden könne. Bedarf es daher dieser Beschuldigung nicht, weil etwa nach den Landesgesetzen die Beweisfrist ein fatale ist, so wird der Beweis desert, obgleich auch der Gegner mit der Erfüllung der ihm gewordenen Auflage im Rückstande ist. Für das gemeine Recht ergibt sich aber daraus die Folgerung, daß der Product, sobald er seinen Ungehorsam purgirt hat, nunmehr unverzüglich die Versäumniß der Beweisfrist Seiten des Gegners zu rügen befugt ist, und dies zur Folge hat, daß nur die Beweisführung desert wird. —

4) In dem einzigen [16]) Falle liegt dagegen allerdings eine wahre Suspension der Beweisfrist für diesen vor, wenn eine präjudicielle oder präparatorische Auflage an den Producten ergangen war, die als Bedingung der Fortsetzung des Rechtsstreits zu betrachten ist, so daß der Beweisführer gar nicht früher verpflichtet ist, den ihm obliegenden Beweis anzutreten, als bis er durch das Gericht unterrichtet ist, daß vom Gegner dieser Bedingung Genüge geleistet worden, z. B. wenn im Vorbescheide auf eine Negatorienklage dem Kläger der Erfüllungseid über sein Eigenthum an dem fraglichen Grundstücke auferlegt, dem Beklagten aber nach Ableistung desselben der Beweis der Servitut zuerkannt wurde. — In der That ist ein solcher Fall bei allem Gegenbeweise, namentlich dem indirecten, vorhanden [17]), da es desselben gar nicht bedarf, wenn der Beweisführer am Beweise sich versäumen sollte. In vielen Proceßordnungen ist deshalb auch der Lauf der Frist für den Gegenbeweis so lange suspendirt, bis dem Reproducenten die Beweisantretung des Gegners zur weitern Verhandlung mitgetheilt worden ist. Nach gemeinem Rechte aber hindert nichts, diese zweckmäßigere Bestimmung der gewöhnlichern vorzuziehen, welche einerlei Zeitraum für den Beweis und Gegenbeweis festzusetzen pflegt.

VI. (Zu 3 des Comp.) Endlich bleibt noch zu gedenken, daß eine accessorische Intervention nie den Lauf der Beweisfrist hemmt, die principale aber nur erst dann, wenn ihretwegen durch ein richterliches Decret die Hauptsache suspendirt worden ist [18]).

---

16) Leyser, Med. ad Pand., 258, med. 7, 8. Anderer Meinung: Gönner, a. a. O., S. 300. Gesterding, Archiv, V, 259. Auch v. Linde, Lehrbuch, §. 243, S. 308 geht weiter.

17) Gönner, II, Abh. 42, §. 4. Anderer Meinung Bayer, a. a. O., §. 280, S. 931, indem er dies nur vom directen gelten läßt.

18) Glück, Erläut. der Pandekten, VI, 478, §. 531.

§. 185.

II. Vom Beweisverfahren selbst.

I. Im Beweisverfahren selbst sind drei [1]) Abschnitte zu unterscheiden: die Beweisantretung, das Productionsverfahren und das Hauptverfahren. Von diesen verdient die **Beweisantretung**, als der erste Abschnitt des Beweisverfahrens ebenso wie des Gegenbeweisverfahrens, besondere Aufmerksamkeit, weil sie die Grundlage des ganzen Beweisverfahrens ist und in demselben die Stelle einnimmt, welche die Klage bei dem ersten Verfahren vertritt, mag sie nun mündlich oder schriftlich vorgetragen werden, weshalb sie natürlich nur vor das Gericht, bei welchem der Rechtsstreit anhängig ist, gehört. Ihr Syllogismus aber kann direct nicht irgend eine Hauptstreitfrage, sondern nur die Statthaftigkeit der offerirten und begehrten Beweisführung betreffen, welche jedoch, abgesehen von der äußern Form, materiell mit der Hauptsache nur mittelbar zusammenhängt, da sie rücksichtlich dieser lediglich die Wahrheit des Untersatzes der einzelnen Klage oder Einrede zu erbringen bestimmt ist. — Der Vortrag, durch welchen der Beweis angetreten wird, sollte daher in formeller Beziehung nur den Nachweis enthalten, daß die Frist dazu gewahrt ist, oder die Bitte um Restitution, wo diese versäumt; dagegen in materieller Beziehung die Entwickelung der Statthaftigkeit, der Zulässigkeit und daher Relevanz der vorgeschlagenen Beweisführung. In dieser Beziehung würde daher das Beweisthema, wenn solches nur allgemein vorgeschrieben ist, oder trotz seiner speciellen Bezeichnung mehre Bestandtheile enthält, genau und im Einzelnen zu entwickeln, sodann die Zulässigkeit der hier offerirten oder bezeichneten Beweismittel, theils an und für sich, theils bezüglich ihrer Relevanz, besonders bei künstlichen Beweisführungen, darzuthun, und wenn zu be-

---

1) Schmid, Handbuch, §. 137, 138 u. 141. Bayer, Vorlesungen (8. Aufl.), S. 924. Andere Grenzen bestimmt Grolmann, Theorie, §. 188; wogegen v. Linde, Lehrbuch, §. 249 fg., vier Abschnitte annimmt.

fürchten stände, daß die Beweismittel von Amtswegen verworfen würden, die Replik, durch welche diesem vorgebeugt werden könnte, zu anticipiren, und endlich daran der Antrag in Bezug auf die Art und Weise der Anwendung der Beweismittel anzureihen und, soweit der einzelne Fall besondere Modificationen der allgemeinen Theorie des Beweisverfahrens erheischen sollte, z. B. Requisitionen, Hinführung der Zeugen an Ort und Stelle, dies ausdrücklich zu beantragen sein.

II. Productionsverfahren[2]). Die Zulässigkeit einer in der That erfolgten Beweisantretung ist einer doppelten Prüfung unterworfen, einmal der einseitig officiell vom Gericht vorzunehmenden, welche der Abfassung der ersten gerichtlichen Verfügung auf dieselbe vorangeht und ihren Grund in §. 50 des Jüngsten Reichsabschiedes hat (in Sachsen wird diese meistens vernachlässigt), sodann aber auch der Prüfung von Seiten des Producten, welche dieser durch die Rüge alles dessen, was er Fehlerhaftes an dem offerirten Beweise findet, veranlaßt, und welche nach einem gewöhnlichen Wechselverfahren zwischen den Streittheilen durch ein eigenes Erkenntniß erledigt werden muß, durch den sogenannten Productionsbescheid. Denn wenn gleich jederzeit angenommen wird, daß das Gericht von Amtswegen die pflichtmäßige Prüfung eines Beweisantritts vorgenommen, und nur erst dann, wenn es denselben nicht verwerflich fand, eine Gerichtssitzung bestimmt habe, worin unter der nothwendigen Theilnahme der Parteien der wirkliche Gebrauch der vorgeschlagenen Beweismittel stattfinden soll, und welche man den Productionstermin zu nennen pflegt: so ist doch hierdurch dem Producten die Befugniß nicht entzogen, das Gericht hierbei zu controliren und die etwa übersehenen Mängel der Beweisantretung in der Form von Einreden zu rügen, die den Namen von Beweiseinreden führen. Denn dem Producten sind hier ebenso wenig wie im unbedingten Mandatsprocesse seine Einreden abgeschnitten, er trägt sie vielmehr wie die Einreden gegen die Klage vor. — Wenn nun dergleichen Einreden vorgetragen worden sind, was eigentlich vor dem Productionstermine ge-

2) Grolmann, a. a. O., §. 192 fg. Schmid, a. a. O., II, 203 fg., §. 126 fg. Bayer, a. a. O., §. 281, S 932 fg.

schehen muß, so hat das Gericht zu erwägen, ob diese Einreden so beschaffen sind, daß sie die Fortsetzung des Beweisverfahrens wenigstens in Ansehung einzelner vorgeschlagener Beweismittel zu hemmen im Stande sind, was theils von der Wichtigkeit der Einwendungen, welche die angefochtenen Beweismittel nicht blos als minder glaubwürdig, sondern auch als untauglich darstellen, theils auch von der Liquidität der Einwendung abhängt. — Sind nun dergleichen wichtige und liquide Beweiseinreden vorgetragen, so wird der Productionstermin einstweilen wieder aufgehoben, der Producent zum Repliciren aufgefordert, und wenn ein gewöhnliches Wechselverfahren geschlossen ist, dann durch ein eigenes Erkenntniß darüber entschieden, ob der angetretene Beweis weiter zugelassen werden soll, und zu dem Ende ein neuer Productionstermin anzuberaumen sei, allenfalls unter Vorbehalt derjenigen Einreden, welche illiquid geblieben sind. In diesem Erkenntnisse wird über die Hauptsache nur dann etwas ausgesprochen, wenn der ganze angetretene Beweis verworfen wird und nicht einmal bessere Beweisführung vorbehalten werden kann. Wären aber gleich anfangs die Beweiseinreden nicht gehörig qualificirt, so werden sie noch vor dem angesetzten ersten Productionstermine, höchstens mit Vorbehalt der künftigen weitern Ausführung, verworfen und es bei dem angesetzten Termine gelassen. Ein solches Verfahren kommt dagegen bei der Eideszuschiebung, wenn diese das einzige Beweismittel ist, außerhalb Sachsen nicht vor, weil es, so lange man noch nicht weiß, was der Product über den deferirten Eid erklären wird, zu früh sein würde, eine Gerichtssitzung anzuberaumen. Daher wird in einem solchen Falle auf die zulässige Beweisantretung alsbald von dem Producten eine schriftliche Erklärung über Annahme oder Rückgabe des Eides durch das Gericht erfordert und nöthigenfalls alsdann ein Wechselverfahren unter den Parteien durch ein gerichtliches Decret eingeleitet, an dessen Schluß über die Zulässigkeit des Eides erkannt und ein Schwörungstermin anberaumt wird.

III. Wenn es aber auf die eine oder andere Weise zur wirklichen Benutzung der vorgeschlagenen und zulässig befundenen Beweismittel kommt, so kann das Gericht in den wenigsten Fällen diese Benutzung ohne Anwesenheit der Parteien vornehmen,

ohne daß jedoch dieselbe immer eine Pflicht der Parteien wäre, vielmehr häufig lediglich ein Recht derselben ist, wie z. B. das Mitansehen der Beeidigung der Zeugen von Seiten des Producten. Dies hat zur Folge, daß die Ladung zum Productionstermin nach Verschiedenheit der Fälle arctatorisch oder monitorisch abgefaßt werden muß, jene aber ihrer Natur nach nicht sogleich peremtorisch ist, wenn dies nicht ausdrücklich hinzugefügt wurde. Hiervon hängt dann auch der weitere Gang der Sache ab, wenn eine Partei im Productionstermin ungehorsam ausblieb.

IV. Wenn dagegen der angesetzte Productionstermin seinen weitern gehörigen Fortgang hat, also die wirkliche Production erfolgt ist, so hat das folgende eigenthümliche Wirkungen: 1) die producirten Beweismittel werden, obgleich sie nur von der einen Partei vorgeschlagen wurden, nun gemeinschaftlich [3]), so daß darauf nur mit Zustimmung des Gegentheils verzichtet werden kann, und der Inhalt dieser Beweismittel selbst vom Producten zur Bewahrheitung seiner Behauptungen benutzt werden darf, soweit ihm überhaupt der Gegenbeweis freistand. 2) Damit hängt die Wirkung zusammen, daß eine Partei diejenigen Beweismittel, welche sie selbst producirt hat, nicht mehr als unglaubwürdig anfechten darf [4]), sie müßte denn zu zeigen im Stande sein, daß ihr erst später Gründe bekannt geworden sind, weshalb sie das Beweismittel nun verworfen haben will. 3) Endlich soll nach kanonischem Rechte [5]) nach Abhaltung dieses Termins der Product mit seinen Beweiseinreden nur alsdann uneingeschränkt zugelassen werden, wenn er sie sich ausdrücklich, wiewol nur generell, reservirt hat. Denn ist dies unterblieben, so sind blos solche Beweiseinreden noch

---

3) Nov. 49, cap. 2, §. 1. Cap. 29 X. de test. et attest. (2, 20). Gönner, Handbuch, II, Abh. 39, §. 8. Spangenberg im Archiv für civil. Praxis, V, 418. Linde in der Zeitschrift, VI, 100; im Archiv, XXIV, 96. Bayer, a. a. O., S. 933 fg. Theilweise anderer Meinung: Hesse im Archiv, XXIII, 1 fg.; Knorr in der Zeitschrift, XVII, 117 fg.

4) L. 17 C. de testib. (4, 20).

5) Cap. 31 X. de test. (2, 26). Cap. 2 de test. in VI^to (2, 10). v. Bülow u. Hagemann, Erörterungen, V, 285.

zulässig, welche entweder später entstanden oder erst später in Erfahrung gebracht worden sind.

Das Productionsverfahren schließt endlich damit, daß das Resultat der gebrauchten Beweismittel, sofern dasselbe den Parteien bis dahin noch unbekannt sein kann, von Gerichtswegen eröffnet oder mitgetheilt wird, z. B. durch Publication des Zeugenrotuls oder durch Mittheilung des Gutachtens der zugezogenen Sachverständigen.

V. Hieran reiht sich sodann der dritte Bestandtheil des Beweisverfahrens, das sogenannte Hauptverfahren[6]), welches nur in den seltensten Fällen ohne Zustimmung der Parteien hinwegbleiben kann. Dieses Verfahren soll nach gemeinem Rechte[7]) gegen die Regel vom Producten eröffnet werden, ob er gleich der in dieser Instanz Angegriffene ist und folglich das letzte Wort haben müßte. Die Gesetze bezweckten mit dieser Anordnung wahrscheinlich, dem Producten nunmehr die Gelegenheit zu geben, seine illiquiden Beweiseinreden auszuführen, wenn er bei dem Inhalt des geführten Beweises deren noch zu bedürfen glauben sollte. Denn da man im ordentlichen Processe keine Art von Vertheidigungsgründen, die nicht versäumt worden sind, ausschließen kann, so muß es dem Producten erlaubt sein, seine noch so illiquiden Einreden, welche er sich reservirt hat, jetzt vor allen Dingen darzuthun, und darin besteht ein präparatorischer Schritt, welcher der Impugnationsschrift vorangeht. Ist dies vom Producten versucht, so muß Producent darüber gehört und auch dieser Incidentpunkt erst soweit beendigt werden, daß das Productionsverfahren über denselben geschlossen werden kann. Ist das Alles geschehen, dann eröffnet sich das wahre Hauptverfahren, welches regelmäßig nur einen einzigen schriftlichen Vortrag von jeder Partei zuläßt, die sogenannten Disputirsätze. Ausnahmsweise kann aber auch selbst hier

---

6) Nov. 90, cap. 7. Cap. 15 X. de testib. (2, 20). Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 18. Reichsabschied von 1570, §. 47. Deputationsabschied von 1600, §. 139. Jüngster Reichsabschied, §. 56 u. 57. Schneider, Vom Beweise, S. 554 fg. Bayer, a. a. O., S. 935 fg.

7) Cap. 15 X. cit. Jüngster Reichsabschied, §. 56.

Replik und Duplik gestattet werden; aber auch dann behält der Producent nach gemeinem Rechte stets das letzte Wort.

VI. In den Vorträgen des Hauptverfahrens sollte jede Partei ohne alle Proceßgeschichte und Geschichtserzählung drei Hauptabschnitte durchgehen: den ersten, worin die Fatalien und Formalien der Beweisführung geprüft und bezüglich angefochten oder vertheidigt werden; den zweiten, worin in Beziehung auf die Materialien der Beweisführung zwei Fragen zu beantworten sind: was sollte bewiesen werden und was ist nach Inhalt der Acten bewiesen worden? und den dritten, worin das ganze Resultat der Beweisführung zu prüfen ist. — Die erste der im zweiten Abschnitte zu behandelnden Fragen macht es nothwendig, den Beweissatz, wenn er bis jetzt nicht speciell festgesetzt war, oder, wenn der festgesetzte Zweifel in Ansehung der Relevanz und Vollständigkeit zuläßt, hier nochmals ganz genau das Beweisthema zu erörtern, jene Zweifel zu beseitigen oder hervorzuheben und demnach die einzelnen Bestandtheile des Beweisthemas aufzuzählen. Die zweite Frage über den juristischen Werth des vorliegenden Beweises hängt dagegen theils von der Glaubwürdigkeit der gebrauchten Beweismittel ab, theils von dem Inhalte dessen, was daraus hervorgeht. Bei Gelegenheit der Prüfung der Glaubwürdigkeit der Beweismittel wird nun auch dasjenige eingeschaltet, was als Resultat aus dem über die Beweiseinreden geführten Beweise hervorgegangen, ist und hiernach beurtheilt, ob überhaupt und wie viel Glauben die Beweismittel hier verdienen. — Wendet man sich aber zu dem Inhalte der Beweismittel, so müssen die einzelnen Theile des Beweisthemas durchgegangen, alle Momente, welche über die einzelnen Theile desselben in den Acten zu finden sind, zusammengetragen und diese in zwei Classen abgetheilt werden, je nachdem sie etwas enthalten was für oder was gegen dasselbe spricht. Diese Momente werden sodann mit einander verglichen, um ein Resultat über die juristische Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit jedes einzelnen Bestandtheils des Beweissatzes ziehen zu können. — Nachdem nun auf diese Weise der Beweissatz in seinen einzelnen Bestandtheilen durchgegangen ist, faßt man das Ganze zusammen und sucht darzuthun oder zu widerlegen, daß der Beweissatz seinem vollen Umfange nach in genü-

gender juristischer Gewißheit sich befinde, oder höchstens die Gründe für einen nothwendigen Eid zu deduciren, wie ihn die Partei, welche diesen Vortrag hält, wünscht. Zu dem Ende werden nöthigenfalls neue Thatumstände, welche die persönliche Glaubwürdigkeit beider Parteien betreffen und darum zugelassen werden müssen, weil erst jetzt deren Erheblichkeit sich zeigt, beigebracht. Daneben wird auch die Formel des gewünschten Eides nicht unerwähnt gelassen, damit nicht belästigende Thatsachen von Amtswegen hineingezogen werden möchten. — Hierauf folgt endlich der dritte Abschnitt, der nun das Resultat der ganzen Beweisführung darstellt, und worin man sich immer über die Pflicht zur Kostenerstattung im einzelnen Falle zu verbreiten hat. Außerdem aber ist besonders bei einem zu erwartenden verurtheilenden Erkenntnisse ein Rückblick auf die ganze Sache zu thun, und namentlich auf solche Gegenstände, welche im Beweisinterlocute ausgesetzt geblieben sind, wie z. B. liquide Compensationsposten. Denn über deren Einfluß auf das Enderkenntniß ist hier das Nöthige zu bemerken, und so schließt sich dieser Vortrag mit Wiederholung des Hauptgesuchs aus der Klage oder Einredeschrift nebst Erklärung der conclusio in causa. Den Schluß des Ganzen aber macht dann das Erkenntniß über den geführten Beweis und das Resultat des ganzen Rechtsstreits.

§. 186—188.

1) Rechte und Pflichten der Parteien in Ansehung der Beweisführung.

I. Die auch bei der Beweisführung sich zeigende Rechtsgleichheit der Parteien hat zur Folge, daß jeder Beweisführer [1])

---

1) Ausnahmsweise ist gesetzlich vorgeschrieben: a. daß, wenn Jemand behauptet, eine Caution sei indebite bestellt, er seinen Beweis nur durch Urkunden führen dürfe, L. 10, 25 i. f. D. de probat. (22, 3); b. daß ferner Derjenige, welcher sich schriftlich oder mündlich als Volljähriger fälschlich ausgegeben hat, den Beweis, damals minderjährig gewesen zu sein, nur durch Urkunden führen dürfe, L. 3 C. si minor se major (2, 43); c. daß die Ingenuität nicht durch Zeugen allein bewiesen werden könne, L. 2 C.

frei zwischen allen überhaupt gestatteten und im einzelnen Falle anwendbaren Beweismitteln wählen kann, so daß selbst der Gegenbeweisführer[2]), auch bei dem directen Gegenbeweise, mit Ausnahme des Eidesantrags, derselben Beweismittel sich bedienen kann, welche der Producent gebraucht hat, z. B. derselben Individuen als Zeugen. Bei der Unsicherheit des Erfolgs einer Beweisführung und noch mehr zufolge der Eventualmaxime gestatten die Gesetze[3]) auch eine zusammengesetzte Beweisführung, und zwar nicht nur durch Verbindung der Beweisführung über mehre alternative Sätze, von denen ein jeder genügt, um den geltendgemachten Anspruch zu begründen, z. B. bei mehren Klagen, welche electiv concurriren, oder bei mehren Arten des Erwerbes eines und desselben Rechts wie einer Servitut; sondern auch durch Cumulation der Beweismittel, sowol bei der natürlichen und künstlichen directen Beweisführung als auch bei der natürlichen mehrer heterogenen Beweisgründe für ein und dasselbe Beweisthema oder eine und dieselbe Thatsache, z. B. Zeugen oder Sachverständige oder Documente. Diese Cumulation der Beweismittel ist zwar regelmäßig eine gleichzeitige, kann aber auch eine successive sein. Die gleichzeitige[4]) Häufung der Beweismittel hat aber den Erfolg, daß die gleichzeitige Instruction aller, gemäß der Eventualmaxime, stattfindet, während man bei der successiven höchstens in den Disputirsätzen darauf zurückkommt, jedenfalls aber die Aussetzung des gebrauchten Eidesantrags zu decretiren ist. Nur in Ansehung des freiwilligen Haupteides kann eine gleichzeitige Cumulation mit andern Beweismitteln nicht stattfinden, weil jede Eidesdelation auf die Unwahrheit des Beweisthemas vergleichsweise gerichtet sein muß, während alle übrigen Beweismittel die Wahrheit derselben Thatsache darthun

---

de testib. (4, 20); endlich d. daß über denselben Satz mehr als 40 Zeugen nicht vorgeschlagen werden dürfen, Cap. 37 X. de testib. (2, 20). — Vergl. Schmid, Handbuch, II, 199, Note 46.

2) Gönner, Handbuch, II, Abh. 41, §. 4 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, 265.

3) Z. B. L. 14 D. rer. amotar. (25, 2).

4) L. 6, 10 X. de fide instrum. (2, 22). Westphal, Rechtsgutachten, I, 114, §. 6. Gensler, Archiv für civil. Praxis, I, 157, 342, 354.

sollen. Es kann daher lediglich eine successive [5]) Cumulation der Eideszuschiebung mit andern Beweismitteln über dasselbe Factum stattfinden, so daß deren Gebrauch suspendirt bleibt, bis durch die übrigen Beweismittel gar nichts, nicht einmal so viel, als zu einem nothwendigen Eide in der einen oder andern Richtung erfordert werden muß, dargethan ist. Die bloße Reservation des Eides an Stelle der eventuellen Delation genügt jedoch nicht, da die Reservation keine Rechte gibt. Der Nutzen der Häufung der Beweismittel liegt in der Wahrung der Beweisfrist, welche denn auch überhaupt zum Cumuliren der Beweise nöthigt. — Als eine Ungleichheit der Parteien aber könnte die in der Natur der Sache begründete Bestimmung angesehen werden, daß der directe Gegenbeweis nicht durch Eidesantrag dargethan werden kann, der Gegenbeweisführer in einem solchen Falle also dieses Beweismittels sich nicht bedienen darf.

II. Von den drei Abschnitten des Beweisverfahrens (§. 185, I., S. 211) muß der erste und dritte stets nur vor dem in der Hauptsache competenten Gerichte [6]) verhandelt werden, und vom zweiten Alles, was die Beurtheilung der Zulässigkeit des offerirten Beweises oder dahin gehöriger Incidentstreitigkeiten der Parteien enthält, wogegen die Handlungen in Bezug auf die blos formelle Benutzung der vorgeschlagenen Beweismittel auch bei andern Gerichten, wie vor einem Notar, jedoch selbst dann nur auf Requisition [7]) des für die Hauptsache competenten Richters stattfinden kann. Denn nur dieser ist durch den Beweis von der Wahrheit der behaupteten Thatsachen überzeugt worden, deshalb hat auch alle Beweisführung vor einem andern nicht requirirten Richter oder Notar, als außergerichtliche Beweisführung, regel-

5) Gönner, a. a. O., II, Abh. 50. Quistorp, Rechtl. Bemerk., II, 13. Gensler, a. a. O., S. 135. v. Linde, daselbst, IV, 193 fg. Gottschalk, Disc. for., tom. 1, cap. 21, p. 214. Heine, Cumulation des Eidesantrags mit andern Beweismitteln (Dresden 1840).

6) Reichskammergerichts gemeiner Bescheid vom 9. Febr. 1733 in Emminghaus, Corp. jur. Germ., II, 471 (1. Ausg.). Thibaut, System, §. 1143.

7) v. Bülow u. Hagemann, Erörterungen, IV, Erört. 46. — Von der Vernehmung der Zeugen durch einen Schiedsrichter, L. 7 C. de testib. (4, 20).

mäßig keine und nur dann Bedeutung, wenn der Staat, zu welchem das requirirte Gericht gehört, den Requisitionen nicht entspricht. Der requirirte Richter hat aber über die Beweismittel weder eine Cognition noch darüber zu erkennen, daher denn auch die Requisitionen erst nach beendigtem Productionsverfahren zu erlassen sind. Anders verhält sich das bei Commissarien, wenn das Commissorium ihnen diese Befugnisse gibt.

III. Die Streitgenossenschaft veranlaßt in der Beweisinstanz öfters eigenthümliche Schwierigkeiten, theils wenn sie unter einander entweder über die von ihnen zu wählenden Beweismittel oder über ihr Benehmen und die Art ihrer Vertheidigung gegen die Beweisführung des Gegners uneinig sind, theils wenn gegen die Zulässigkeit einzelner Beweismittel, aus deren individuellen Verhältnissen zu einzelnen Streitgenossen eigenthümliche Zweifel entstehen, welche in Rücksicht der übrigen Streitgenossen nicht eintreten. In allen solchen Hinsichten fehlen specielle gesetzliche Normen; nach allgemeinen Principien [8]) muß man aber Streitgenossen eines untheilbaren Rechtsverhältnisses von denen unterscheiden, welche nur ein theilbares Interesse verfolgen. Denn im letzten Falle kann jeder der Genossen denselben Beweissatz oder dieselbe Thatsache durch verschiedenartige Beweismittel darthun, und muß es wol auch z. B. wegen respectiver Unfähigkeit eines Zeugen thun können, wodurch dann allerdings das verschiedenartigste Resultat des Rechtsstreits erreicht werden kann [9]). Der Gegner aber kann ohne gesetzliche Vorschriften hiergegen aus ihrem Verhältnisse zu einander Rechte nicht ableiten, da bei getrennter Rechtsverfolgung ein Jeder dies ohnehin hätte thun können. Das Eingeständniß des Einen schadet daher auch nicht den Uebrigen. Im erstern Falle dagegen wird man die mehren Beweismittel durch successive oder copulative Häufung vereinigen können, oder es hat, wo dies unthunlich, der Richter zu entscheiden [10]), was den Sachverhältnissen am meisten entspricht,

8) Martin, Magazin für Proceß, S. 233 fg. Seuffert, Archiv für civil. Praxis, III, 211 fg. Schmid, Handbuch, II, 199 fg.

9) L. 2 C. si unus ex plurib. appellav. (7, 68). L. un. C. si in communi eademque causa (2, 26).

10) Arg. L. 8 i. f. D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5).

da Stimmenmehrheit hier nicht immer maßgebend ist. Untaugliche Beweismittel für einen Streitgenossen sind in diesem Falle aber für Alle unbrauchbar.

IV. Obgleich die Beweisführung nur zur Ueberzeugung des Richters geschieht und die Prüfung der Beweismittel Gegenstand der richterlichen Reflexion ist, so erkennen doch die Gesetze [11]) in mehren Beispielen den bedeutenden Einfluß der Parteien an, welcher diesen auf die gebrauchten Beweismittel im einzelnen Falle zugeschrieben werden muß; und das nicht ohne Grund, da des Richters Ueberzeugung nur das Mittel zur Verfolgung der Parteirechte sein soll. Es findet dieser Einfluß aber nur insoweit statt, als nicht entweder specielle gesetzliche Bestimmungen [12]) ihn verbieten, oder der Gegenstand des Rechtsstreits der unbeschränkten Dispositionsbefugniß der Parteien entzogen ist, z. B. Ehesachen. Da aber, wo er zulässig ist, kann er nicht etwa aus concludenten Handlungen, aus der unterlassenen Anfechtung der Beweismittel allein gefolgert werden [13]), vielmehr müssen zu den Zweifeln ausdrückliche Momente in den Acten geboten sein. Endlich kann sich dieser Einfluß nur auf den einzelnen vorliegenden Rechtsstreit, nicht auf andere Processe, sollten sie auch unter denselben Parteien obschweben, erstrecken [14]).

V. Eine Beweisführung außerordentlicher Art ist der Entkräftungsbeweis, welcher in der Absicht unternommen wird, um den Inhalt einer bereits beigebrachten Beweisführung als wahrheitswidrig auch dann noch nachzuweisen, wenn die Beweisfristen bereits abgelaufen sind. Es gibt davon nur die drei [15])

---

11) Nov. 90, cap. 8. Cap. 31 X. de testib. (2, 20). Jüngster Reichsabschied, §. 50. Vergl. auch Nov. 49, cap. 2, §. 1.

12) Z. B. L. 10 C. de testib. (4, 20).

13) Arg. L. 66 D. de judic. (5, 1) — si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius est, accipiendum est. Oben §. 100, I., S. 520.

14) L. 5, §. 2, C. de recept. (2, 56) ist dagegen wol nur von demselben Rechtsstreite zu verstehen, welcher nachher vor Gericht kommt. Jede sonstige Ausnahme von dieser Regel erfordert, als gegen das Wesen des Civilprocesses verstoßend, ein deutliches Gesetz, wie z. B. in Ansehung der Zeugen in L. 17 C. de test. (4, 20) gegeben ist.

15) 1. Wenn bei Ableistung eines Haupteides ein eigentlicher Meineid begangen wurde, L. 28, §. 10; L. 31 D. de jurejur. (12, 2); L. fin. C. de reb.

im Compendium angegebenen Arten. Das Beweisthema ist aber, mit Ausnahme des Falles, wo ein Reinigungs- oder Erfüllungseid durch neu aufgefundene Beweismittel widerlegt werden soll, ein neues, weshalb denn auch alle Beweismittel[16]), mit Ausnahme nur der Eidesdelation im ersten und dritten Falle und der Zeugen, wenn der nothwendige Eid auf die publicirten Zeugenrotul erkannt worden ist, im dritten Falle zulässig sind. Der Unterschied zwischen dem ersten und dem dritten Falle, daß nämlich ein nothwendiger Eid nur durch neu aufgefundene Beweismittel, ein Haupteid (§. 129, V., S. 47) aber nur wegen eines begangenen Meineides entkräftet werden kann, beruht auf dem Dispositionsrechte der Parteien über das Ihrige, welche dem deferirten Haupteide zu Grunde liegt bei dem nothwendigen Eide aber fehlt, sowie auf der Analogie des Vergleichs, welche bei dem Haupteide stattfindet, während der nothwendige Eid blos subsidiarisch ist. Sind daher noch andere Beweismittel vorhanden, so fällt die Voraussetzung des Richters, daß es hieran gebreche, und, da sie neu aufgefunden sind, der Vorwurf, daß die Partei nachlässig gewesen, damit zugleich aber die Veranlassung zu dem nothwendigen Eide hinweg. — Ist nun in einem dieser drei Fälle die Hauptsache noch nicht rechtskräftig entschieden, indem z. B. noch über ein ordentliches Rechtsmittel gegen das Endurtheil verhandelt wird, so kann der Entkräftigungsbeweis ohne Weiteres in demselben Rechtsstreite angetreten werden; wogegen, nach rechtskräftig entschiedener Hauptsache, ein neuer Proceß, sei es durch ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder durch eine Nullitätsklage begonnen werden muß. — Als ein Gegenbeweis ist endlich der Entkräftungs-

---

cred. (4, 1). Peinl. Gerichtsordnung, Art. 107. v. Langenn u. Kori, Prakt. Erörterungen, I, Nr. 24. Schmid, Handbuch, II, 388. Bayer, Vorlesungen (8. Aufl.), S. 905. — 2. Wenn die abgehörten Zeugen bestochen oder gebrauchte Urkunden verfälscht sind, L. 33 D. de re judic. (42, 1); L. 3 C. si ex fals. instrum. (7, 58). Lotze, Civil. Abhandlungen, S. 85 fg. — 3. Wenn ein abgelegter nothwendiger Eid durch neu aufgefundene Beweismittel allein widerlegt werden kann, L. 31 D. de jurejur. (12, 2); L. 4, §. 3, D. de in lit. jur. (12, 3). Gensler, Archiv für civil. Praxis, IV, 119, §. 2. Schmid, a. a. O., S. 414.

16) Arg. L. 1 D. de fide instrum. (22, 4).

beweis nicht anzusehen [17]), weil der Beweisführer selbst seinen eigenen Beweis mit diesen Gründen anfechten kann und derselbe auch bei dem Gegenbeweise möglich und zulässig ist; endlich weil weder Jemand zu einer solchen Beweisführung verbunden ist, noch es sich um den Beweis des Grundes einer Einrede handelt, also weder von einem directen noch von einem indirecten Gegenbeweise die Rede sein kann.

VI. Ueber die Obliegenheiten des Beweisführers und Beweisgegners enthalten die §§. 187, 188, soweit hierüber nicht bereits in den vorhergehenden §§. die allgemeinen Grundsätze angegeben worden sind, die Einzelheiten so ausführlich, daß etwas Weiteres nicht hinzuzufügen war.

§. 189—192.

2) Obliegenheiten des Richters.

a) Während der Beweisführung, b) nach beendigtem Beweisverfahren.

I. (§. 189.) Die Beweisführung genießt in den Rechten die Begünstigung, daß Alles, wovon es nicht alsbald liquid ist, daß es unstatthaft, sowie Alles, was nicht unzweifelhaft irrelevant ist, zugelassen wird [1]); daß Beweisgründe, welche an sich zwar zulässig sind, vereinzelt aber keine Wirkung haben würden, in ihrer Verbindung der Beweisführung förderlich [2]) sein können; daß schwierige Beweisführungen billig vom Richter zu beurtheilen [3]) sind; endlich daß namentlich darin kein Grund, eine offerirte Beweisführung zu verwerfen, liegt, daß sie außer Stande ist, juristische Gewißheit herbeizuführen, vielmehr die

---

17) Linde, Abhandlungen, I, 81. Mittermaier, Archiv, VI, 350. Anderer Meinung: Schneider, Vom Beweise, §. 417; auch Bayer, a. a. O., S. 914.

1) L. 7 D. de testib. (22, 5) — servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est.

2) Cap. 6 X. de renunt. (1, 9). Arg. L. 5 C. de probat. (4, 19). Kind, Quaest. forens., III, cap. 61.

3) Arg. L. 85 D. de reg. jur. Strube, Rechtliche Bedenken, I, Bed. 73 a. E.

Möglichkeit, einige Wahrscheinlichkeit für das Beweisthema zu erzielen, genügt, sobald diese nur das ganze Beweisthema betrifft. Diese Begünstigungen der Beweisführung hat der Richter stets im Auge zu behalten, wenn er dieselben nach den im Compendium angegebenen Grundsätzen zu leiten bemüht ist.

II. (§. 190.) Bei Fällung des endlichen Erkenntnisses nach geführtem Beweise und Gegenbeweise[4]) hat der urtheilende Richter in Ansehung der Prüfung der in den Acten vorliegenden Beweisführungen im Ganzen genommen dieselbe Reihefolge zu beobachten, welche in zweckmäßig abgefaßten Disputirsätzen beobachtet sein sollte, indem ja die Parteien durch jene Vorträge dem Gericht nur vorarbeiten. Der erste Gegenstand ist mithin die Prüfung der Fatalien und Formalien, wenn diese aber fehlerhaft sein sollten, die Erörterung der Frage, ob solchen Mängeln jetzt noch abgeholfen werden könne, und wie? Denn kann das nicht geschehen, so wird die Beweisführung ohne Weiteres verworfen und davon die Folge für die Hauptsache ausgesprochen. Ist sie aber möglich, etwa durch eine von kurzer Hand zu ertheilende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder weil keine peremtorische Frist gesetzt (§. 180, I.) oder diese wirklich suspendirt war (§. 184, V. 4), so wird das deshalb Erforderliche verfügt. — Ist dagegen in dieser Beziehung nichts zu erinnern, und muß mithin der Richter in die Materialien der Beweisführung eingehen, so hat er sich zunächst den concreten Beweissatz speciell zu entwickeln und damit jene Materialien zu vergleichen. Vor allen Dingen ist dabei die extensive Vollständigkeit der Beweisführung zu prüfen, weil, wenn auch nur ein einziger von mehren copulativen Bestandtheilen desselben Beweissatzes gänzlich unberührt geblieben wäre, so daß nicht einmal aus dem Zusammenhange der beigebrachten Beweise einige Wahrscheinlichkeit für den übergangenen Theil hervorginge, wegen dieses wesentlichen Mangels der ganze Beweis für verfehlt geachtet werden müßte, ohne daß es nöthig wäre zu untersuchen, ob die berührten Bestandtheile mehr oder

4) Gensler, Archiv, IV, 273 fg. Martin, Referirkunst, §. 38 fg. Heffter, Zusätze zu Weber's Verbindlichkeit zur Beweisführung, S. 247 fg. Bayer, Vorträge, S. 986 fg.

minder dargethan sind. — Wenn sich aber hierin kein Fehler findet, dann kommt es auf die intensive Vollständigkeit des geführten Beweises an, d. h. auf den Grad der Stärke, welchen die Beweisführung in Rücksicht jedes einzelnen Theiles des Beweissatzes erlangt hat, ob durch sie juristische Gewißheit oder nur Wahrscheinlichkeit und letztere in welchem Grade herbeigeschafft sei. Bei dieser Prüfung darf nun gar keine Rücksicht genommen werden darauf, daß die beigebrachten Beweisgründe die Möglichkeit einer andern Beschaffenheit der streitigen Thatsachen nicht ausgeschlossen haben; denn das entzieht gültigen Beweisgründen nichts an ihrer Kraft, da das Gericht überhaupt nur auf Dasjenige zu sehen hat, was, als im einzelnen Falle geschehen, mit positiven Argumenten unterstützt ist. — Dagegen ist auch bei dieser Prüfung nicht zu übersehen, daß einzelnen Gegenständen der Beweisführung, welche besondern Schwierigkeiten unterliegen, gesetzliche Begünstigungen insofern ertheilt sind, als namentlich über sehr alte vor Menschengedenken vorgefallene Ereignisse auch Zeugnisse vom Hörensagen (§. 132, VII.) beachtet werden sollen, und selbst das allgemeine Gerücht (§. 127[a], III.) nicht ohne allen Werth ist. — Endlich muß vorzugsweise bei Prüfung der intensiven Vollständigkeit eines Beweises der Grundsatz beobachtet werden, daß man weniger die Einzelheiten abgesondert als vielmehr den Totaleindruck des Ganzen, die gegenseitige Harmonie der einzelnen Beweisgründe zu berücksichtigen hat [5]). Die ältern Proceßlehrer pflegten dies mit dem Spruche auszudrücken: „Probationes non tam sunt numerandae quam ponderandae."

III. Da nun in der Beurtheilung eines geführten Beweises häufig Schwierigkeiten entstehen, so sind die Gesetze [6]) den Gerichten dadurch zu Hülfe gekommen, daß sie für die zweifelhaften Fälle dem Richter die Erlaubniß gegeben, ja es ihm sogar zur Pflicht gemacht haben, von Amtswegen auf einen Eid zu erkennen, welcher die Bedenklichkeiten eines geführten Beweises besei-

---

5) L. 3, §. 2; L. 21, §. 3, D. de test. (22, 5).

6) L. 31 i. f. D. de jurejur. (12, 2). L. 3, 12, pr. C. de reb. credit. (4, 1). Cap. 36, §. 1, X. de jurejur. (2, 24).

tigen soll. Dieser Eid wird, weil er unabhängig von den Anträgen und der Zustimmung der Parteien erkannt wird, juramentum necessarium [7]) genannt und kommt jetzt in zwei Arten unbestritten vor, von denen die eine, das suppletorium, durch das Römische Recht, die andere, das purgatorium, wenigstens nach dem Kanonischen Rechte begründet ist. Ob der Kläger oder der Beklagte einen solchen Eid ableistet, hat auf die Benennung des Eides durchaus keinen Einfluß, es hängt diese vielmehr mit der Beweislast wesentlich zusammen, so daß suppletorium derjenige nothwendige Eid genannt wird, wodurch ein wahrscheinlich gewordener Beweissatz von dem Producenten zur juristischen Gewißheit erhoben werden soll, wohingegen das purgatorium von dem Producten abgeleistet wird, um die Unwahrheit des Beweissatzes außer Zweifel zu setzen. Deshalb darf denn auch der Inhalt eines indirecten Gegenbeweises nie in die Formel des Reinigungseides über den Beweis aufgenommen werden. — Beide Arten von nothwendigen Eiden können sogar wegen verschiedener Bestandtheile des nämlichen Beweissatzes in demselben Urtheile verschiedenen Parteien zugleich auferlegt werden, sobald nur jene Bestandtheile im ungleichen Grade nachgewiesen sind. Jedoch muß ein solches Erkenntniß diese beiden Eide nur als successiv abzuleistend auferlegen, so daß der eine hinwegfällt, wenn der zuerst abzuleistende etwa nicht ausgeschworen werden soll. Gewöhnlich aber genügt schon einer von beiden Eiden, welcher allenfalls den ganzen Beweissatz umfaßt, sofern nur dessen Bestandtheile durchgehends in gleichem Grade wahrscheinlich geworden sind.

IV. Desto wichtiger sind nun die Regeln, nach welchen sich das Civilgericht überhaupt bei Erkenntnissen auf einen solchen Eid zu richten hat. Denn hier gilt keine regellose Willkür, sondern es hängt der Gebrauch dieser Eide 1) von der Beschaffenheit des einzelnen Falles ab, indem ein solcher nie über Thatsachen zulässig ist, welche den Parteien überhaupt nicht be-

---

7) Ueber das Geschichtliche: Glück, Commentar, XII, §. 811 fg., besonders S. 372 fg.; ferner Gesterding, Ausbeute, VI, Abth. 1, S. 107 fg.; Busch im Archiv für civil. Praxis, XXI, 195; Schmid, Handbuch, II, 408; Bayer, a. a. O., S. 910 fg.

kannt sein können, oder namentlich ein juristisches, bezüglich ein Kunsturtheil [8]) voraussetzen würden, wie z. B. ein Eid über die Existenz eines Gewohnheitsrechts in folle oder die Krankheit eines Thieres, welches redhibirt werden soll. 2) Auch kann da, wo juristische Gewißheit in den Acten schon dargethan ist, nie auf einen nothwendigen Eid erkannt werden, sondern lediglich dann, wenn der actenmäßige Beweis nicht stärker als eine juristische Wahrscheinlichkeit ist. Dieser Grundsatz folgt aus dem gesetzlichen Erfordernisse des nothwendigen Eides, einer inopia probationum, und aus dem Grundsatze des Kanonischen Rechts [9]), daß schon Erwiesenes nicht beschworen zu werden braucht. Endlich kann 3) auf diesen Eid früher nicht erkannt werden, als sobald es gewiß ist, daß weitere Beweis- und Gegenbeweisführungen unzulässig sind, sollten gleich auch noch mancherlei unbenutzte Beweismittel existiren und wol gar aus den Acten ersichtlich sein. Daher muß die Beweis- und Gegenbeweisfrist mit präclusivischer Kraft abgelaufen sein, wenn auch das außerordentliche Rechtsmittel einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch möglich wäre.

V. Unter diesen drei Voraussetzungen gebührt aber nicht den Parteien die Wahl zwischen beiden Eidesarten, sondern nur dem Gericht, jedoch nur nach vorgängiger Prüfung des Sachverhaltes [10]). Diese Prüfung muß nun dahin gerichtet werden, daß vor allen Dingen die Stärke der in den Acten vorliegenden Wahrscheinlichkeit gehörig bestimmt wird, was im Kanonischen Rechte durch circumstantiae causae bezeichnet wird. Sodann aber ist zu untersuchen, welche von beiden Parteien im Stande ist, die Wahrheit am besten zu kennen und wer von ihnen die

---

8) Puchta in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, III, 68 fg.

9) Cap. 2 X. de probat. (2, 19).

10) L. 3 C. cit. In bonae fidei contractibus, nec non etiam in caeteris causis, inopia probationum per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet. Cap. 36, §. 1, X. de jurejur. Praesumtione vero faciente pro illo, reo deferri potest ad ostendendam suam innocentiam juramentum, nisi judex, inspectis personarum et causae circumstantiis, illud actori videat deferendum.

Vermuthung des guten Willens für sich hat, die gekannte Wahrheit auch angeben zu wollen (circumstantiae personae). In der letztern Hinsicht sind alle Beweise von Immoralität einer Person und nach gemeinem Recht auch der Inhalt der L. 21 C. de hereticis (1, 5) von Wichtigkeit. In jener Beziehung hingegen verdient natürlich diejenige Partei den Vorzug, die den nothwendigen Eid nicht blos als Glaubenseid, sondern als Wahrheitseid schwören kann, mithin aus eigener Wissenschaft die zu beschwörende Thatsache kennt. Ohnehin ist ja der Glaubenseid eigentlich nur nach Landesgesetzen begründet. — In solchen Fällen nun, wo zwar die höhere Wahrscheinlichkeit für die eine der Parteien spricht, diese aber nur den Glaubenseid schwören kann und sich daneben noch eine dritte Person befindet, die am Proceß keinen Antheil hat (also auch mit jener Partei nicht in allgemeiner Gütergemeinschaft lebt), will die Praxis [11]) häufig diesem Dritten einen nothwendigen Eid auferlegen, welchen dieser an Stelle der Partei als Wahrheitseid schwören soll. Dies wird besonders dann für zulässig erachtet, wenn der Dritte in einem solchen Verhältnisse zu der Partei steht, daß sie ihn als Zeugen für sich nicht vorschlagen konnte, z. B. weil derselbe im Auftrage der Partei das streitige Rechtsgeschäft abgeschlossen hat. Allein diese Behauptung läßt sich nach gemeinem Rechte nicht billigen, weder, wenn eine solche Eidesauflage ohne Zustimmung der Parteien geschehen soll, weil keine von beiden schuldig ist, ihre Rechte von dem Betragen eines Dritten abhängig machen zu lassen, noch auch mit Einwilligung der Partei, weil dem Dritten keine Pflichten auferlegt werden können, die weder die Gesetze noch seine Zustimmung gegen ihn begründen, so daß ein Contumacialverfahren gegen ihn nicht gedacht werden kann. — Hat sich nun das Gericht im einzelnen Falle für die Anwendung eines dieser einzelnen Eide entschieden, so muß das in der Form eines bedingten Endurtheils ausgesprochen werden, indem man voraussetzt, diejenige Partei, welcher der Eid nach den Ansichten des Gerichts auferlegt wurde, werde denselben schwören, weil eine

11) Leyser, Med. ad. Pand., III, sp. 141, med. 7, 8. Gmelin u. Elsässer, Gemeinnützige jurist. Beobachtungen, I, 58 fg.

Gewissensvertretung [12]) dabei ebenso unzulässig ist, als das Zurückschieben des Eides [13]). Unter dieser Voraussetzung wird dann, je nachdem es die Umstände mit sich bringen, freisprechend oder verurtheilend erkannt. Der Fall der Verweigerung des Eides wird gar nicht oder doch nicht mit specieller Festsetzung der Folgen solcher Weigerung erwähnt, sondern dann höchstens gesagt: „alsdann ergeht weiter was Recht ist"; denn jene Weigerung ist bisweilen erlaubt und zulässig, z. B. wegen neu aufgefundener Beweismittel [14]). In Ansehung der Proceßkosten ist in der Praxis die Ansicht vielfach verbreitet, daß diese stets zu compensiren seien; allein mit Unrecht. Eine unvollständige Beweisführung ist an und für sich noch kein Vorwurf für eine Partei und deshalb kein ausreichender Grund, unter allen Umständen die Proceßkosten zu compensiren; es entscheiden vielmehr auch in diesen Fällen die allgemeinen Regeln [15]).

VI. Außer dem gesetzlich begründeten Erfüllungseide behauptet man in der Praxis, daß es ein eigenes suppletorium quantitatis [16]) gebe. Allerdings wird zuweilen auch hiervon Gebrauch gemacht, wenn es ohne allen vorhergegangenen oder doch ohne im mindesten gelungenen Beweis 1) nur darauf ankommt, welche Quantität Geldes oder fungibler Sachen eine Partei der andern zu zahlen habe, sobald nur ausgemacht feststeht, daß diese überhaupt etwas der andern Partei zu zahlen verbunden sei, und wenn 2) der Betrag dieser Quantität, welche allein noch zweifelhaft ist, eine weniger bedeutende Summe beträgt, was man gewöhnlich so zu bezeichnen pflegt: „sie müsse nicht 50 Thlr. aus-

---

12) Anderer Meinung Overbeck, Meditationen, XI, Med. 466. Danz, Ordentl. Proceß, §. 363. Dagegen Bayer, a. a. O., S. 912.

13) Cap. 36, pr. X. de jurejur. (2, 24).

14) Arg. L. 31 D. de jurejur. (12, 2). L. 21 D. de reg. jur. (50, 17).

15) Weber, Von den Proceßkosten, §. 12. v. Quistorp, Bemerk., I, Bem. 77, §. 9. Schmid, Handbuch, II, 416. Anderer Meinung Emmerich, Proceßkosten, I, §. 39—41. Glück, a. a. O., §. 812, S. 395 fg.

16) Strube, Rechtliche Bedenken, I, Bed. 35, 78. Busch im Archiv für civil. Praxis, XXI, 207 fg. Schwarze in Tauchnitz' Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung in Sachsen, Neue Folge, IV, 209. Bayer, a. a. O., S. 920. Anderer Meinung v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, V, 39.

machen"; 3) wenn es an andern Beweismitteln über die Quantität fehlt oder diese nicht mehr benutzt werden können, und 4) wenn der Gläubiger, dem die Zahlung zu leisten ist, eines unbescholtenen Rufs genießt. Die Gesetze des gemeinen Rechts kennen einen solchen Eid nicht. Denn die aus den Pandekten dafür angeführten Stellen [17]) reden lediglich von einem juramentum malitiae, welches als Entschuldigung dafür geschworen werden soll, daß man bei Anbringung der Klage die Quantität des Anspruchs nicht gehörig bezeichnet hat; allein dadurch wird ein Beweis über die Richtigkeit der Quantität nicht geführt. Die Stelle des Kanonischen Rechts [18]) hingegen redet deutlich genug vom juramentum dandorum et respondendorum, welche Eide von beiden Parteien geschworen werden müssen, sooft articuli positionales vorgelegt werden. Aber auch durch diese Eide soll kein Beweis geführt, sondern nur Chicane verhütet werden. Ohne ausdrückliche landesgesetzliche Bestimmungen kann man sich daher auf diesen Eid nicht verlassen, sondern thut wohl, in der Beweisführung bemüht zu sein, auch die Quantität der Forderung möglichst ins Licht zu setzen.

VII. (§. 191.) Unter Collision [19]) der Beweise versteht man das Ereigniß, wo durch coexistirende Ursachen Wirkungen veranlaßt werden, welche nicht neben einander bestehen, sondern einander widerstreben, indem dieselben entweder zugleich Gründe für und gegen die Wahrheit einer Thatsache enthalten, oder zugleich auf Freisprechung und Verurtheilung gerichtet sind. Das Erstere tritt dann ein, wenn über dieselbe Thatsache entweder Beweis und directer Gegenbeweis geführt worden ist, oder aus den einseitig vom Beweisführer gebrauchten Beweismitteln Gründe für und gegen dieselbe Thatsache hervorgehen; das Letztere, wenn Beweis und indirecter Gegenbeweis geführt worden ist. Sieht man zunächst von dem letztgedachten Falle ab, so sind im

---

17) L. 1, §. 40, D. depositi (16, 3); vergl. mit L. 19, §. 4, D. de furtis (47, 2). — Siehe auch die Glosse zur ersten Stelle.

18) Cap. 32 X. de jurejur. (2, 24).

19) Gönner, II, Abh. 41, §. 11. Gensler, Archiv für civil. Praxis, IV, 273 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 226. Schmid, Handbuch, II, 419 fg., §. 172 fg. Bayer, a. a. O., S. 986 fg.

erstern Falle zuvörderst die Beweismittel beider Parteien zusammen zu nehmen und die collidirenden nach ihrem Werthe zu bestimmen [20]). Sind alle von einerlei Gattung, aber von verschiedenem Werthe, so gehen diejenigen, welche größere Glaubwürdigkeit genießen, den andern vor, und es kann hier allerdings der Fall eines nothwendigen Eides eintreten; sind dieselben dagegen von gleichem Werthe, so erhält das Resultat, wofür dennoch eine größere Wahrscheinlichkeit, sei es durch übereinstimmende Vermuthungen oder bessere Gründe [21]), erzielt ist, den Vorzug; ist dies Resultat aber ebenfalls gleich, dann ist nichts erwiesen, wenn nicht die eine Sache vor der andern gesetzlich begünstigt ist, was nach Römischem Rechte [22]) rücksichtlich der dos, und bei Statusfragen der Freiheit, endlich aber überhaupt rücksichtlich des Beklagten der Fall war. — Sind dagegen die collidirenden Beweisgründe verschiedener Art, so fragt sich zunächst, was zu beweisen war. Denn nicht alle Beweismittel sind tauglich Alles zu beweisen; vielmehr haben in allen Fällen, wo es auf die Beurtheilung der Eigenschaft einer Sache ankommt, die Sachverständigen vor allen andern Beweismitteln den Vorzug. Dagegen stehen diese, wenn es nur auf die Wahrheit [23]) eines Umstandes, der geschehen sein soll, ankommt, allen andern nach, und nur Eidesantrag, Zeugen, Urkunden und Augenschein sind hier völlig anwendbar; denn Geständnisse können hier als Gründe der Ueberzeugung nicht in Frage kommen, sondern nur als Gegenstand der Beweisführung. In einem solchen Falle geht der Augenschein, dann aber ein geleisteter Haupteid der Zeugenaussage und den Urkunden, sowie den Vermuthungen voraus. Tritt aber die Collision nur zwischen Zeugen und Urkunden ein,

---

20) Cap. 6 X. de renuntiat. (1, 9). Klüber, Kleine juristische Bibliothek, III, 54.

21) L. 21, §. 3, D. de testib. (22, 5). Cap. 32 X. de test. (2, 20). Gönner, II, Abh. 45, §. 13—18.

22) L. 85, 125 D. de reg. jur. L. 38 D. de re judic. (42, 1). Vergl. Cap. 3 X. de probat. (2, 19), wonach in diesem Falle bei einer Besitzklage für den Besitzenden entschieden werden solle.

23) L. 16, pr. C. de fide instrum. (4, 21). Nov. 73, cap. 1, 3.

so haben beide in der Regel[24]) zwar gleiche Kraft, es genießen die Urkunden jedoch, sobald sie echt und von sachdienlichem Inhalte sind, den Vorzug in den Fällen, wo es um alte Sachen sich handelt, oder die Urkunde zur Form des Geschäfts oder zum Beweise desselben erfordert wird, wie das Letztere[25]) allerdings der Fall ist, wenn ein Minderjähriger in einer Urkunde durch schriftlichen Eid sich für majorenn erklärt hat, oder wenn ein chirographum indiscretum behufs der condictio indebiti widerlegt werden soll, indem in beiden Fällen der Zeugenbeweis unzulässig ist, und endlich in öffentlichen Abgabesachen. — Zeugen dagegen genießen vor Urkunden den Vorzug, wenn sie als Instrumentszeugen gegen die Urkunde selbst mit Bestimmtheit aussagen[26]), oder andere als Instrumentszeugen, wenn sie gehörig behaupten, daß die Urkunde verfälscht oder untergeschoben sei; endlich aber bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung, da bei diesem der Gebrauch von Urkunden überhaupt bestritten ist[27]). Jedenfalls ist aber bei der Collision der Zeugen und Urkunden darauf Gewicht zu legen, ob die Urkunden ein vollständiges Bekenntniß oder aber nur ein Zeugniß enthalten. — Eine besondere Schwierigkeit hat die Collision des Beweises, durch welchen ein Protokoll[28]) angefochten werden soll, gegenüber dem Werthe des Protokolls selbst. Denn auf Seiten eines in der Form fehlerfreien Protokolls stehen nicht blos zwei Zeugen — der Richter und der Actuar —, sondern auch die Rechtsvermuthung für die Legalität.

---

24) L. 15 C. de fide instrum. In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium.

25) L. 3 C. si minor se major. dixerit. (2, 43). L. 25 D. de probat. (12, 3). L. 10 D. eod. tit. Nach L. 2 C. de testib. soll zum Beweise der ingenuitas Zeugenbeweis allein nicht ausreichen. Vergl. Gensler, Archiv, IV, 283. Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, III, 274 fg.

26) Nov. 73, cap. 3. L. 18 C. de probat. (4, 19), §. 12 J. de inutil. stipul. (3, 20).

27) Thibaut, Besitz u. Verjährung, S. 197. Kritz, Exegetische Abhandlungen, S. 224. Pfeiffer, Praktische Erörterungen, II, 1, §. 15. Puchta, Pandekten, §. 77; Vorlesungen zu diesem Paragraph.

28) Glück, Commentar, VI, 453 fg., §. 528. Lotze, Civilistische Abhandlungen, S. 62 fg. Strippelmann, Sammlung der Entscheidungen, VI, 217. Seuffert, Archiv der Entscheidungen, III, Nr. 381.

Soll nun ein solches Protokoll widerlegt werden, so genügt es nicht blos, den Beweis des directen Gegentheils zu führen, sondern es muß entweder noch ein Mehres als dies bewiesen werden, oder dasselbe indirect angefochten werden, indem nachgewiesen wird, daß Fälschungen oder Bestechungen vorgekommen seien. In diesen beiden Beziehungen ist zwar ein Erfüllungseid möglich, in keinem Falle aber eine Eidesdelation statthaft. Anders verhält es sich dagegen, wenn die Unvollständigkeit des Protokolls, also neben demselben etwas erwiesen werden soll.

VIII. (§. 192.) Unnöthige Eide zu vermeiden ist um so mehr die Pflicht der Gerichte, je weniger dergleichen juristischen Erfolg haben können, die Moral und Politik aber deren Gebrauche entgegensteht. Nur darf man diese Sparsamkeit nicht auf solche Fälle erstrecken, wo darunter die Rechte einer Partei leiden würden, wie das häufig bei der Collision zwischen dem Beweis und dem indirecten Gegenbeweise[29]) übersehen wird. Denn wenngleich ein vollständig gelungener indirecter Gegenbeweis die Anwendung eines nothwendigen Eides über den unvollständig geführten Beweis überflüssig zu machen scheint, so ist das doch in einem doppelten Falle nicht richtig. Einmal da, wo die Entscheidung über den Kostenpunkt von der Ableistung eines solchen Eides abhängt, z. B. weil der Beweis eine eigene Handlung des Beweisführers betraf, welche durch einen solchen Eid als falsch dargestellt werden und dann die Verurtheilung in die Kosten zur Folge haben würde, während der Gegenbeweis eine fremde Handlung betrifft, in welchem Falle dann Vergleichung der Kosten begründet wäre; dann aber, und noch häufiger, ist der nothwendige Eid über den Beweis nicht zu entbehren, wenn der vollständig geführte Gegenbeweis einen Anspruch ins Licht setzt, welcher als eigene Klage geltend gemacht werden könnte, im vorliegenden Falle aber nicht zur Anwendung kommen kann, sobald der Beweis selbst entweder durch den Reinigungseid oder durch die unterbliebene Ableistung des Erfüllungseides entkräftet wird.

---

29) Gönner, Handbuch, II, Abh. 41, §. 11 fg.; Abh. 42, §. 6 fg. Gensler, Archiv für civil. Praxis, IV, 273 fg. Bayer, a. a. O., S. 997 fg.

IX. Sollten jedoch beide Beweisführungen nur intensiv-unvollständig ausgefallen sein, mithin beide nur eine Probabilität begründen, so kann es nöthig werden, auf beide Arten des nothwendigen Eides in derselben Sache zugleich zu erkennen. Es kann dies aber auf eine dreifache Weise geschehen. 1) Dem Producenten muß zugleich der Erfüllungseid über den von ihm geführten Beweis und der Reinigungseid über den Gegenbeweis copulativ zuerkannt werden, und er muß beide Eide wirklich ausschwören, wenn nämlich der Erfolg seiner Beweisführung einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit des Beweissatzes herbeigeführt hat, während der indirecte Gegenbeweis von nur geringem Werthe ist. Ebenso wird 2) dem Producten der Reinigungseid über einen schwach geführten Beweis, zugleich aber über seinen ziemlich gelungenen indirecten Gegenbeweis der Erfüllungseid jedoch nicht copulativ aufgelegt, sondern so, daß ihm die Wahl gelassen wird, welchen von beiden Eiden er schwören will, da schon jeder einzelne zur Erlangung eines ihm günstigen Endurtheils genügt, und höchstens der Kostenpunkt davon abhängen könnte, wenn beide Eide geschworen würden. In diesem Falle unterwirft sich der Product der Kostencompensation, wenn er nur einen dieser Eide wählt. — 3) Endlich wird bisweilen auch nur successiv auf die beiden nothwendigen Eide zu erkennen sein, wenn jeder derselben einer andern Partei aufzuerlegen ist. Denn wenn der Erfüllungseid dem Producenten über seinen Beweis zukommt, dem Reproducenten aber die nämliche Art von Eid über den indirecten Gegenbeweis, so ist der Letztere doch nicht früher seinen Gegenbeweis zu ergänzen schuldig, als wenn zuvor der Erstere den Erfüllungseid ausgeschworen hat; da, wenn dies nicht geschähe, auf den ganzen Gegenbeweis etwas überall nicht ankommen würde. Darum lautet in diesem Falle das Erkenntniß dahin: der Producent solle zuerst den Erfüllungseid schwören und, wenn dies geschehen, der Product hinsichtlich des Gegenbeweises dasselbe thun, worauf dann eventuell schon zu Gunsten des Producten erkannt wird. Ebenso würde der Reinigungseid über den Beweis dem Producten aufzuerlegen und von ihm abzulegen sein, ehe die nämliche Art von Eid im Gegenbeweis dem Producenten, als Reproducten, auferlegt werden kann. Geschehen muß dies

aber für den Fall, daß jener Reinigungseid über den Beweis nicht abgeleistet würde, weshalb unter dieser Negativbedingung in dem nämlichen Enderkenntnisse successiv auf beide Eide erkannt wird.

§. 193.

3) Von den einzelnen Beweismitteln.

A. Zeugenbeweis.

a) Von der Person und Glaubwürdigkeit der Zeugen.

I. Unter Zeugen [1]) versteht man, wie bereits oben ausgeführt ist (§. 132, I.), Menschen, welche dazu gebraucht werden, entweder durch ihre Gegenwart eine Formalität bei einem Rechtsgeschäfte zu erfüllen oder ihre Kenntnisse von einer Thatsache mitzutheilen, welche nicht unmittelbar deren eigene Rechte und Pflichten betrifft. Weil man aber rationelle Zeugen von den historischen oder eigentlichen Zeugen unterscheiden muß, so ist der Begriff der letztern noch durch die Art auszuzeichnen, wie sie ihre Kenntniß erlangt haben. Denn nur über das, was man durch die Sinne wahrgenommen hat, kann man als Zeuge im eigentlichen Sinne des Worts aussagen. Die Beweisführung durch eigentliche Zeugen hängt aber in Ansehung ihres juristischen Werthes im einzelnen Falle vorzüglich mit von den persönlichen Eigenschaften der Zeugen ab. Man unterscheidet daher drei Gattungen von Beweiszeugen: classische, verdächtige und unfähige oder besser unzulässige. Von diesen läßt sich die erstere Art weniger positiv als negativ durch die Bestimmung charakterisiren, daß es diejenigen sind, gegen deren persönliche Glaubwürdigkeit in Bezug auf den bestimmten Fall nach den Acten nichts Erhebliches einzuwenden ist. Beide andere Arten

---

1) Glück, Commentar, XXII, §. 1173 fg. Ackermann, Hommel's alphabetischer Zeugenkatalog (Dresden 1843). Gesterding, Ausbeute, I, 161—220; II, 419—424; IV, Abth. 1, S. 213 fg.; Abth. 2, S. 83 fg. Schmid, Handbuch, II, 232 fg., §. 132 fg. Bayer, Vorlesungen (8. Aufl.), S. 793 fg.

der Zeugen setzen aber voraus, daß juristische Bedenklichkeiten gegen ihre volle Glaubwürdigkeit, wenigstens rücksichtlich des einzelnen Processes, vorhanden sind, und diese Bedenklichkeiten machen je nach Verschiedenheit ihrer Stärke die Unterabtheilung in verdächtige und unzulässige nöthig. Denn bei den letztern ist die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen, wenigstens für den einzelnen Fall, so vollständig aufgehoben, daß er nicht einmal eine Wahrscheinlichkeit durch seine Aussagen begründen könnte. Deshalb soll ein solcher Zeuge, sobald nur die Gründe für so erhebliche Bedenklichkeiten gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen actenmäßig liquid sind, gar nicht gehört, vielmehr nach Ermessen des Gerichts[2]) sogar von Amtswegen zurückgewiesen werden. Man spricht daher auch, wenn solche Bedenklichkeiten bei einem Zeugen im einzelnen Falle eingetreten, von einer excusatio necessaria.

II. Zu der Classe von unfähigen Zeugen gehören nach der Natur der Sache 1) alle Diejenigen, welche zur Zeit des anzustellenden Verhörs an völliger Gedächtnißschwäche leiden; 2) alle zur Zeit der Wahrnehmung oder des Verhörs Wahnsinnige[3]), denen man jedoch in dieser Beziehung die Verschwender natürlich nicht gleichstellen kann; 3) alle Diejenigen, welche zur Zeit des anzustellenden Verhörs noch nicht 14 Jahre alt sind[4]), weil sie nach Kanonischem Rechte noch nicht eidesmündig sind, gleichwol kein Zeuge ohne vorgängige Vereidung verhört werden soll. Sollte aber der Zeuge zur Zeit des zu bezeugenden Vorfalls noch impubes gewesen sein, sein Verhör aber bis zur Pubertät verspart worden sein, so schadet die frühere Impubertät seinem Zeugnisse nichts. — Das Kanonische Recht hat überdies, wenigstens in der ältern Zeit, alle Frauen-

---

2) L. 13 D. de testib. (22, 5). Cap. 5 X. de testib. cog. (2, 21). Jüngster Reichsabschied, §. 56; siehe aber noch Cap. 7 X. de test. et attest. (2, 20). v. Linde, Juristische Ahandlungen, I, Abh. 12.

3) §. 8 J. de inutil. stipul. (3, 20).

4) L. 3, §. 5; L. 19, §. 1, D. de test. (22, 5). Can. 1, caus. 4, qu. 2, 3. — Can. 15, 16, caus. 22, qu. 5. Gesterding, a. a. O., I, 196 fg. Bayer, a. a. O., S. 806. Anderer Meinung: v. Linde, Lehrbuch, §. 258. Glück, Commentar, XXII, 143.

zimmer [5]) für völlig unfähige Zeugen erklärt; allein die deutsche Praxis hat diesen Grundsatz nie anerkannt, vielmehr in dieser Beziehung das Römische Recht beibehalten, welches in Civilsachen kein Bedenken trägt, Frauenzimmer als Beweiszeugen überhaupt zuzulassen. — Außerdem sind noch hierher die relativ unfähigen Zeugen zu rechnen, und zwar diejenigen sowol, denen in Bezug auf einen bestimmten Rechtsstreit gerade der Sinn mangelt, womit sie das zu bezeugende Factum hätten wahrnehmen sollen, z. B. das Gehör, in Fällen wo es sich um den Beweis mündlicher Aeußerungen handelt, als auch diejenigen Zeugen, welche zur Zeit des bezeichneten Thatumstandes völlig betrunken waren. Sollte übrigens in den Fällen unter 1 und in den beiden letztgedachten es ungewiß sein, ob ein solcher Mangel im einzelnen Falle wirklich vorhanden wäre, so müßte der Zeuge wenigstens beeidigt und über diesen Mangel befragt werden. Bejaht er denselben, dann würde das Verhör sofort zu beendigen sein.

III. Mit Rücksicht auf positive Vorschriften und Verbote sind dagegen als absolut unfähig zu betrachten: 1) alle solche Verbrecher [6]), welche wegen eines dolosen Verbrechens sich eine Infamie zugezogen haben, sollten sie gleich noch nicht verurtheilt, der Producent aber im Stande sein, sofort [7]) ins Licht zu setzen, daß sie ein derartiges Verbrechen begangen haben; 2) auch solche Personen, welche wegen ihrer Irreligiosität [8])

---

5) Can. 17, caus. 33, qu. 5. Mulierem constat subjectam dominio viri esse et nullam auctoritatem habere nec docere enim potest, nec testis esse. Cap. 33 X. de testib. (2, 20). Cap. 10 i. f. X. de V. S. (5, 40). Natura, si vir, non femina. Nam varium et mutabile testimonium semper femina producit. Anders im Römischen Rechte, L. 18 D. de testib. — etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere. Gesterding, a. a. O., S. 207 fg. Ackermann, a. a. O., S. 68.

6) L. 3, §. 5, D. de test. Nov. 90, cap. 1. L. 3 C. de requir. reis (9, 40). Cap. 54 X. de test. et attest. (2, 20). Peinliche Gerichtsordnung, Art. 107, 122. v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, VI, Nr. 64, §. 3; auch Mittermaier in v. Zu Rhein's Jahrbüchern, I, 201 fg.

7) Cap. 13 X. de test. et attest. Cap. 1 X. de except. (2, 25). Cap. 9 X. de probat. (2, 19) a. verb.: Post hoc etc.

8) Cap. 8 de sent. excommun. in VIto (5, 11).

oder ihres unmoralischen Lebenswandels [9]) von der kirchlichen Gesellschaft ausgeschlossen sind, sich also im Kirchenbanne befinden. Aus dieser Bestimmung des Kanonischen Rechts rührt es denn auch wol her, daß man in einzelnen Ländern gesetzlich angeordnet hat, den Zeugen darnach zu fragen, wann er zum letzten mal zum Abendmahl gegangen sei. — Dagegen sind als relativ unfähige blos für bestimmte Processe nach positiver Vorschrift zu betrachten: 1) alle Ketzer [10]), und namentlich die Juden, wenn sie gegen rechtgläubige Christen Zeugniß ablegen sollen, sobald nur nicht auch die Parteien zu den Ketzern gehören. Gehören dagegen beide Parteien zu derselben Religionspartei wie der Zeuge, so ist gegen dessen Zulässigkeit natürlich nichts zu erinnern. — Ferner gehören hierher 2) Zeugen, welche Gewinn oder Verlust [11]) vom Ausgang des einzelnen Rechtsstreits zu erwarten haben. Außer Zweifel ist dies, wenn sie unmittelbar bei der Sache interessirt sind. Deshalb müßten Gemeindeglieder [12]) bei Processen der Gemeinde, sobald nur die einzelnen Glieder von dem Ausgange des Processes für ihre Huth-, Trift- oder andere Gerechtsame Nachtheil zu fürchten haben, unbedenklich zurückgewiesen werden. Nicht so bestimmt ist dagegen diese Vorschrift, sobald es sich nur um einen mittelbaren Vortheil oder Nachtheil, welcher den Zeugen aus dem Ausgange des Processes bevorsteht, handelt; wenigstens scheint nach Römischem Rechte [13]) der Begriff der causa propria in

---

9) L. 3, §. 5, D. de test. v. Bülow u. Hagemann, a. a. O., I, 47, §. 3.

10) L. 21 C. de heret. (1, 5). L. 3 C. de apostat. (7, 7). Cap. 21 X. de test. et attest. Cap. 1 X. de heret. (5, 7). Can. 26, caus. 2, qu. 7. Sommer, Rechtsw. Abhandlungen, Nr. 8, S. 234. Mittermaier, Deutsches Privatrecht, §. 117 (6. Aufl.).

11) L. 10 D. (22, 5). L. 10 C. de test. (4, 20); Cap. 6, 20 X. de test. et attest. v. Bülow u. Hagemann, a. a. O., I, 47, §. 1; V, 40; VI, 64.

12) Strube, Rechtliche Bedenken, I, Bed. 2. Besonders W. Sell in Dessen Jahrbüchern für histor. u. dogmat. Bearbeitung des Röm. Rechts, II, 148 fg., 252 fg. Ueber Mitglieder einer Kirche oder eines Klosters, Cap. 5 X. de prob. (2, 19); Cap. 6, 12 X. de test. et attest.

13) L. 11 D. quando appell. (49, 4). Vergl. mit Cap. 5 X. cit.

dieser Beziehung beschränkt werden zu müssen. — Sodann sind 3) hierher zu zählen Zeugen, denen eine besondere gesetzlich anerkannte Zwangspflicht obliegt, entweder ihre Kenntniß von einer Thatsache zu verschweigen, wie dies bei den Beichtvätern[14]) der Katholiken und bei den Advocaten und Procuratoren[15]) rücksichtlich ihrer eigenen Gewaltgeber, von denen sie die Thatsache erfahren haben, der Fall ist; oder auch solche, die dem Producten zur Treue durch eine Zwangspflicht verbunden sind und wol gar deshalb einen eigenen Eid abgeleistet haben, z. B. bei Vasallen[16]) oder Staatsdienern. Diese können daher nur dann zugelassen werden, wenn ihnen zuvor diese Eidespflicht erlassen ist[17]), allein durch den Erlaß derselben nicht gezwungen werden, sich gegen ihren Willen als Zeugen vernehmen zu lassen. — Es sind ferner 4) hierher zu rechnen Zeugen, welche als Feinde des Producten deshalb zu betrachten sind, weil ihre Feindschaft sich auf einen Capitalproceß gründet, der zwischen dem Producten und dem Zeugen obwaltet. Andere Arten von Feindschaft, namentlich aus Civilprocessen, sollten nach Römischem Rechte den Zeugen nur verdächtig, keineswegs aber unzulässig machen[18]). Ebenso gehören 5) diejenigen Zeugen hierher, welche für ihr Zeugniß Geld angenommen haben oder sich dafür andere Vermögensvortheile haben versprechen lassen[19]), um in

---

14) Dist. 6, can. 2, de poenitentia. Cap. 12 X. eod. tit. (5, 38). Andres, Neues Archiv für das Criminalrecht, II, 166. Ueber die Beweiskraft der freiwilligen Aussage. Mittermaier, daselbst, VIII, 343 fg.

15) L. 25 D. de test. Nov. 90, cap. 8. Cap. 36 X. de appell. (2, 28). Cap. 3 D. de testib. in VI^{to} (2, 10). v. Bülow u. Hagemann, a. a. O., IV, 47. v. Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, I, 183 fg. Heffter, System, S. 289. — Ueber Aerzte: Spangenberg in der Zeitschrift, III, 371 fg. Henke's Zeitschrift der Staatsarzneikunde, XV, 451 fg.; XVI, 450 fg. Heffter, a. a. O., Note 141. Ueber das Gesinde: L. 6 D. de test., Cap. 24 X. eod. Dorn, Gesinderecht, §. 216. Glück, Commentar, XXII, 157.

16) II Feud., 33, §. 1.

17) Arg. Cap. 38 i. f. X. de test. et attest. v. Bülow, a. a. O., I, 47, §. 4. Gans, Zeitschrift für Civil- und Criminalrechtspflege, I, 186 fg.

18) L 3, pr. D. de test. L. 17 C. de testib. Nov. 90, cap. 7.

19) L. 2 D. de lege Corn. de fals. (48, 10). Can. 15, caus. 14, qu. 5. Cap. 9 X. de test. et attest. Peinliche Gerichtsordnung, Art. 64.

dieser Sache Zeugniß abzulegen. Diese sind selbst dann unzulässig, wenn von einer Wahrheitsentstellung durch sie überall nicht die Frage ist. Endlich sind 6) alle solche Zeugen, von welchen wegen ihrer besondern Verhältnisse zu einer der Parteien anzunehmen ist, daß sie eine besondere Vorliebe für die eine Partei haben würden, gesetzlich für unzulässig erklärt[20]). Es gilt dies namentlich von Aeltern und Kindern in Bezug auf einander. Eine Ausnahme[21]) machen davon nur die Ehesachen und der Fall, wenn zwischen den Kindern selbst ein Proceß geführt würde, weil man gleiche Liebe gegen beide Theile bei den Aeltern voraussetzen kann; sie werden daher in diesem Falle nur als verdächtig angesehen und abgehört.

IV. Alle andern Verhältnisse außer den genannten machen einen Zeugen nicht zu einem unzulässigen, sondern höchstens zu einem verdächtigen, so daß es dann dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt, im einzelnen Falle zu beurtheilen, ob der Zeuge mehr oder weniger Glauben verdiene. Es gilt dies ganz besonders auch von den Advocaten, welche der Partei früher gedient haben, indem das Kanonische Recht sie nur als verdächtig ansieht, während sie nach dem Römischen Rechte als unfähig betrachtet worden zu sein scheinen. In dem Falle jedoch, wenn das Zeugniß des Advocaten für seinen Clienten in demselben Rechtsstreite, in welchem er demselben früher bedient gewesen ist, erfordert wird, muß nach neuerm Kanonischen Rechte sein Zeugniß völlig ausgeschlossen werden[22]). Man muß dies um so mehr annehmen, als alle Mandataren und Procuratoren, welche außergerichtliche Geschäfte besorgt haben, in Ansehung dieser als unzulässige Zeugen betrachtet werden. Nur die Mäkler machen hiervon eine Ausnahme, da diese, wenn beide Theile in ihre Abhörung willigen, nicht nur als Zeugen für das einzelne Geschäft zugelassen, sondern sogar genöthigt werden sollen, dar-

---

20) L. 4, 5 D. de test. L. 6 C. de test.

21) Arg. L. 67, §. 1, D. de ritu nupt. (23, 2); Cap. 3 X. qui matrim. accus. (4, 18). Glück, a. a. O., S. 146 fg., 249 fg. v. Bülow, a. a. O., VI, Nr. 45, V, 12. Bayer, a. a. O., S. 810 fg.

22) Cap. 35 X. de appellat. (2, 28); Cap. 3 D. de testib. in VI^to (2, 10). Oben Note 15.

über Zeugniß abzulegen [23]). — Von den blos verdächtigen Zeugen hat das Römische Recht insbesondere den Verwandten eine sehr weit ausgedehnte Ablehnungsbefugniß eingeräumt, vermöge deren sie, sobald sie sich darauf berufen, zur Abgabe des Zeugnisses überall nicht gezwungen werden können. Allerdings redet diese Vorschrift [24]) nur vom Criminalproceß, und es ist daher bestritten, ob man sie auch auf den heutigen Civilproceß ausdehnen könne. Nach der richtigern Meinung muß man dies leugnen, da die Nachtheile eines Civilanspruchs mit denen eines Criminalprocesses nicht zu vergleichen sind, folglich auch Verwandte in Civilsachen weniger Bedenken tragen können, gegen einander die Wahrheit zu sagen.

V. Jeder noch so tadellose Zeuge beweist aber nur dann etwas, wenn zu seiner persönlichen Glaubwürdigkeit nicht nur eine hinlänglich deutliche und umständlich in das Einzelne eingehende Aussage, sondern auch die Angabe eines genügenden Wissensgrundes, um daraus die Originalität seiner Wahrnehmung zu entnehmen, hinzukommt. Denn ein Zeuge von Hörensagen [25]) beweist in der Regel ebenso wenig als eine Urkunde, welche sich auf eine andere, ohne dieselbe zu enthalten, bezieht, und ausgenommen sind nur die Fälle, in welchen entweder die Tradition einige Bedeutung hat, oder specielle Gesetze auf das Hörensagen Gewicht zu legen befehlen, wie z. B. bei Ehehindernissen aus verwandtschaftlichen Rücksichten, oder sobald es sich um die Grenzen einer Diöces handelt. Ein Zeuge von Hörensagen ist aber nur der, dessen Quelle für seine Aussage ein anderer unvereideter Privatzeuge ist, keineswegs hingegen jeder, der das, was er aussagt, durch sein Gehör erfuhr. — Ferner muß zu der persönlichen Glaubwürdigkeit eines tadellosen Zeugen noch hinzukommen, daß sich in dessen Aussage keine erheblichen Wider-

---

23) Nov. 90, cap. 8.

24) L. 4, 5 D. de test. (22, 5). v. Bülow u. Hagemann, Erörterungen, IV, Erört. 45.

25) Nov. 90, cap. 2. Can. 15, caus. 3, qu. 9. Gönner, II, Abh. 45, §. 1, 2. — Ausnahmen Cap. 5, 47 X. de test. et attest. (2, 10). Cap. 13 X. de prob. (2, 19). Strube, Rechtliche Bedenken, IV, Bed. 156 a. E.

sprüche mit sich selbst vorfinden [26]). Soll nun nach diesen Regeln über die persönliche Glaubwürdigkeit und die Erfordernisse der Aussage eines jeden Zeugen juristische Wahrscheinlichkeit oder Gewißheit durch die Zeugenaussage herbeigeschafft werden, so muß dazu ferner eine Mehrzahl von Zeugen, welche mit einander harmoniren und die Beobachtung der für den Zeugenbeweis positiv vorgeschriebenen Form hinzutreten. Die Harmonie der mehren Zeugen ist aber besonders wichtig, weil dadurch die Besorgniß des Irrthums oder des bösen Willens des Zeugen gemindert wird. In Rücksicht der äußern Form ist zu beachten, daß die Zeugen, von denen wenigstens zwei vorhanden sein müssen, vor der Vernehmung beeidigt werden und das Zeugniß mündlich vor Gericht abgelegt wird.

§. 194—204.

b) Beweisführung durch Zeugen selbst.

I. Das Verfahren, welches bei den Römern [1]) in Ansehung der für eine Civilsache abzuhörenden Zeugen beobachtet wurde, weicht von dem, welches heutzutage [2]) dabei stattfindet, wesentlich und insbesondere in folgenden Hauptpunkten ab: 1) Der römische Richter wußte weder, welche Personen im einzelnen Falle als Zeugen gebraucht werden sollten, noch welche Fragen an die Zeugen zu thun waren, solange es nicht zur wirklichen Abhörung der Zeugen gekommen war. Denn erst zu diesem Ter-

---

26) Glück, a. a. O., S. 211 fg.

1) Spangenberg, Archiv für civil. Praxis, VI, 213 fg. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 266 fg.

2) Vergl. Cap. 17, 41, 42, 53 X. de testib. (2, 20). Cap. 2 de test. in VI^to (2, 10). Clem. 2, de test. (2, 8). Clem. 2, de V. S. Reichsabschied von 1566, §. 98. Deputationsabschied von 1600, §. 129, 130, 133—135. Jüngster Reichsabschied, §. 47—57. Glück, Commentar, XXII, §. 1179 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 214 fg. Schmid, Handbuch, II, 253 fg. Bayer, Vorlesungen (8. Aufl.), S. 936—950. Bergmann, Einleitung in die Praxis (2. Aufl.), S. 335—348.

mine brachte der Producent die abzuhörenden Zeugen mit, und nur, wenn sich dieselben geweigert hatten zu erscheinen, verlangte er eine gerichtliche Citation derselben, die sogenannte evocatio testium. In dem Termine richteten dann aber die Parteien selbst ihre Fragen an die Zeugen. — Heutzutage dagegen müssen dem Gerichte von dem Producenten die Zeugen vor allen Dingen namhaft gemacht und die Fragen, welche der Producent durch das Gericht an die Zeugen richten will, schriftlich, als Behauptungssätze, überreicht werden. Hierdurch soll nämlich der Richter in den Stand gesetzt werden, die Relevanz der Beweisartikel und die Zulässigkeit der Zeugen vorher zu prüfen, ehe er dieselben, was jetzt stets durch das Gericht geschieht, zur Vernehmung vorladen läßt, indem man sogar einen Zeugen, der ungeladen erscheint (testis sese ingerens), für verdächtig [3]) hält. — Der Ursprung der schriftlichen Beweisartikel ist nach dem Zeugnisse des Kanonischen Rechts lediglich ein uraltes Herkommen [4]), hat aber allerdings den Nutzen, daß dadurch vergebliche Proceßschritte vermieden werden können. Mit denselben hängt auf Seiten des Producten die Einreichung schriftlicher Fragen [5]) zur Erläuterung der aufgestellten Beweisartikel so nothwendig zusammen, daß ihm die Gelegenheit dazu nicht entzogen werden darf. — 2) Im römischen Verfahren [6]) mußten ferner beide Parteien zugegen sein, um ihre Fragen mündlich an die Zeugen zu richten. Deshalb war wenigstens eine monitorische Vorladung [7]) des Producten zum Abhörungstermine, um ihm das

3) Gegen L. 11 D. de test. (22, 5). v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, II, Erört. 35.

4) L. 2 de test. in VI[to] (2, 10). Clem. 2, de test. (2, 8). Clem. 2, de V. S. — et articulos ad clariorem probationem usus longaevus in causis admissit. Heffter, Institutionen, §. 56, S. 349, 358.

5) Cap. 2 de test. in VI[to]. Spangenberg, Archiv für civil. Praxis, VI, 213 fg. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, 226. Bayer, a. a. O., S. 942.

6) L. 18 C. de fide instr. (4, 21). L. 16, 19 C. de test. (4, 200). Nov. 90, cap. 9.

7) Arg. Nov. 90, cap. 9. Linde in v. Zu Rhein's Jahrbücher, I, 20 fg.

Recht, auch seinerseits Fragen zu stellen, nicht zu entziehen, unentbehrlich. Von Seiten des Producenten aber war die Gegenwart in diesem Termine noch nothwendiger, theils um über die Personen der Zeugen sich zu vergewissern, theils um die erforderlichen Fragen, welche jetzt in Artikelform gefaßt werden, an dieselben zu richten; für ihn war daher der Productionstermin ein natürliches Fatale. Heutigentags fallen diese Zwecke gänzlich hinweg, wenn der Product nur aufgefordert ist, seine Fragen schriftlich einzureichen und über die Identität der benannten Zeugen im einzelnen Falle kein Zweifel vorliegt. Daher können die Zeugen jetzt auch in Abwesenheit beider Parteien gültig verhört werden, und eine Desertion des Beweises wäre aus dem Zurückbleiben des Producenten im Productionstermine nur dann zu folgern, wenn ihn das Gericht zu größerer Sicherheit arctatorisch und zuletzt peremtorisch geladen hat, was jedoch in den wenigsten Fällen einen genügenden Zweck hat. Denn man läßt die Parteien nur so lange gegenwärtig bleiben, bis die Zeugen beeidigt sind; darüber aber enthält das Protokoll ohnehin das Nöthige. Sobald es dann jedoch zum Verhöre selbst kommt, müssen sich nach einem entschiedenen Gerichtsbrauche beide Parteien entfernen [8]). — 3) Während endlich bei den Römern, wo die Aussagen der Zeugen allerdings auch aufgeschrieben wurden, von einer Eröffnung der Zeugenaussagen und einer Ladung hierzu nicht die Rede sein konnte, weil das Zeugenverhör in Gegenwart der Parteien erfolgte, bilden dagegen bei uns die Aussagen der Zeugen ein Geheimniß. Denn jeder Zeuge wird nach Entfernung der Mitzeugen einzeln zu Protokoll genommen und ihm über seine Aussage die Beobachtung von Stillschweigen auferlegt, demnächst aber aus den Aussagen sämmtlicher Zeugen ein eigener gerichtlicher Aufsatz [9]) (rotulus examinis testium) gefertigt und so lange versiegelt zu den Acten gelegt, bis dessen Eröffnung an die Parteien durch Vorlesen desselben in einer Gerichtssitzung,

---

8) Arg. Reichskammergerichtsordnung, Th. 3, Tit. 15, §. 8; Tit. 17, §. 1. Jüngster Reichsabschied, §. 54.

9) Cap. 41 X. de testib. (2, 20). Jüngster Reichsabschied, §. 52, 54.- Bayer, a. a. O., S. 948.

wozu diese besonders vorgeladen worden (publicatio rotuli), erfolgt.

II. Im Uebrigen enthalten die §§. 194—204 des Compendiums über die einzelnen im Beweisverfahren sowol von Seiten der Parteien als von Seiten des Gerichts vorkommenden Schritte das wesentlich Wichtige so ausführlich, daß nur einige Bemerkungen dazu nöthig werden.

1. (Zu §. 196.) Die negative richterliche Thätigkeit in diesem Abschnitte des Proceßverfahrens besteht darin, ohne Aufforderung von Amtswegen keine unzweckmäßige Handlung zuzulassen und deshalb vorerst den Beweisantritt einer genauen Prüfung zu unterwerfen. Gerade darin aber, daß man aus den Beweisartikeln schon zum Voraus beurtheilen kann, ob der offerirte Beweis relevant sei, besteht der Vorzug des heutigen vor dem römischen Beweisverfahren, da dies in demselben erst hinterher erhellte. Bei Prüfung des angetretenen Beweises muß aber der Richter davon ausgehen, daß in materieller Beziehung die Zuläſſigkeit oder Unzuläſſigkeit eines angetretenen Beweises von der rechtlichen Möglichkeit abhängt, durch die Gattung der offerirten Beweismittel überhaupt etwas, und besonders durch die offerirten individuellen Beweismittel das concrete Beweisthema auch nur einigermaßen darthun zu können. Taugt hiernach die ganze Beweisführung nichts, so wird sie verworfen, oder, wenn die Beweisfrist noch nicht abgelaufen ist, der Partei dies eröffnet und die Ueberreichung einer bessern nachgelassen. Ist dagegen die Beweisführung untadelhaft, oder wenigstens zum Theile brauchbar, so wird sie — im letzten Falle unter Verwerfung der fehlerhaften — dem Producten entweder nur mit der Auflage mitgetheilt, Fragstücke, unter Vorbehalt seiner Einreden gegen den Beweis und die Zeugen, einzureichen, oder in demselben Decret zugleich ein Productionstermin anberaumt, zu welchem die Parteien, die Zeugen aber unter Angabe der Sache, des Namen des Producenten, des Tags und der Stunde des Termins, sowie des Zwecks ihrer Vorladung zum persönlichen Erscheinen, vorgeladen werden. In Fällen, wo die Vernehmung der Zeugen durch ein erst zu requirirendes Gericht oder einen Commissar erfolgt, fällt diese Verbindung als unausführbar hinweg. (Compendium, §. 196, d.)

2. (Zu §. 198.) Fragstücke[10]) sind Fragen an abzuhörende Zeugen, welche außer und neben den Beweisartikeln statthaben, von dem Producenten jedoch nicht herrühren, und dazu dienen, theils die Glaubwürdigkeit der Zeugen und ihrer Aussagen zu erforschen, theils den Beweisartikeln die etwa fehlende Deutlichkeit und Bestimmtheit zu geben. Die erstern, die generellen, bereiten illiquide Beweiseinreden vor, und gehen auf alle Punkte, welche die Glaubwürdigkeit des Zeugen im Allgemeinen sowol als mit Rücksicht auf den einzelnen Fall betreffen, daher auf das Alter, das Verhältniß zu den Parteien und zu der einzelnen Sache, auf Vorliebe oder Abneigung gegen die eine oder andere Partei, religiöses Bekenntniß und darauf, ob Zeuge zu seiner Aussage instruirt oder ob er bestochen sei. Diese Fragstücke sind oft gesetzlich vorgeschrieben und dann vom Richter von Amtswegen zu stellen, nicht so nach gemeinem Rechte. Nie aber dürfen sie auf die eigene Schande des Zeugen gerichtet sein. Die speciellen dagegen, die Erläuterungsfragen zu den einzelnen Artikeln, gehen regelmäßig von dem Producten aus, wenn nicht der Richter es für nothwendig findet, deren behufs größerer Deutlichkeit während der Vernehmung der Zeugen zu stellen, welchenfalls sie in das Protokoll aufzunehmen sind. Richten sich dergleichen Fragstücke des Producten auf Gegenbehauptungen, den Gegenbeweis (praeliminaria causae), so sind diese als nichtig zu verwerfen[11]), wo nicht nach Landesgesetzen Strafen deshalb eintreten. Es ist vorsichtig, zu schlechten Beweisartikeln keine Fragstücke einzureichen, da diese nicht selten den unvollständigen Beweis unterstützen und dann nur dem Gegner zu statten kommen. — Reicht der Product, obgleich dazu aufgefordert, auf die Beweisartikel keine Fragstücke ein, so wird dadurch das Verfahren nicht aufgehalten, wenn der Productionstermin bereits anberaumt war; es werden aber die Fragstücke im Termine noch zugelassen. War dieser Termin noch

10) Beselin, Bemerkungen über Interrogatorien bei Zeugenbeweisen (Rostock 1816). — Oben Note 5: Beispiele in Bergmann, a. a. O., S. 349 fg.; von der Schlußclausel, daselbst S. 352.

11) Schmid, Handbuch, II, 259, Note 21. Bayer, a. a. O., S. 943, auch nicht aus Cap. 29 X. de test. et attest. herzuleiten.

nicht anberaumt, so wird er nun auf des Producenten Ansuchen angesetzt, oder Commission erkannt und höchstens gestattet, Fragstücke im Termine noch einzureichen, welchenfalls aber der Product die hierdurch entstehenden Kosten tragen muß. — Ist die Aufforderung an den Producten, Fragstücke einzureichen, ganz unterblieben, so ist der angetretene Zeugenbeweis nichtig[12]), weil die Fragstücke an die Stelle der ehemals mündlich zu stellenden Fragen des Producten getreten sind, ebenso, wenn die Zeugen darüber nicht vernommen worden sind. — Eine Mittheilung der Fragstücke an den Gegner findet nicht statt, wol aber des Präsentationsschreibens[13]).

3. (Zu §. 200.) Erscheint der Producent im Productionstermine nicht, so wird, wenn er zwar arctatorisch, aber nur dilatorisch geladen war, ein anderweitiger Termin anberaumt, dagegen wenn er peremtorisch geladen war, der ihm obliegende Beweis desert, weil in seiner Abwesenheit die Vorstellung der Zeugen nicht erfolgen kann, indem die Feststellung der Identität derselben dann nicht möglich ist. Erscheint dagegen der Product, welcher stets nur monitorisch geladen wird, nicht, so hat das keine andere Folge, als daß in seiner Abwesenheit mit Vorstellung und Vereidigung der Zeugen verfahren wird. Gegen die etwa ausgebliebenen Zeugen wird schärfere Ladung erlassen, da es, wie in der Praxis wol angenommen wird, nicht genügt, die Abwesenden als Anwesende vorzustellen, indem dadurch die Identität der Zeugen nicht festgestellt und es leicht möglich wird, daß falsche Zeugen vereidigt und vernommen werden. Ist dagegen wenigstens der Producent und ein oder einige Zeugen erschienen, so findet dann im Productionstermine das im Compendium angegebene Verfahren statt, und ist dabei nur zu gedenken, daß die Vorschrift des gemeinen Rechts[14]), wonach die

---

12) Arg. Nov. 90, cap. 9. Cap. 2, 41 X. de test. et attest. (2, 20). Linde, a. a. O., S. 25 fg.

13) Vergl. Compendium, §. 199, Note e. Bayer, a. a. O., S. 914. Anderer Meinung: Heffter, System, S. 466. — Ein Beispiel bei Bergmann, a. a. O., S. 367, Nr. 4.

14) Reichsabschied von 1555, §. 58. Glück, Commentar, XXII, 193 fg.

Kreisobristen fürstlichen Standes von dem Ausschwören eines promissorischen Eides befreit sein sollten, als durch die veränderte Verfassung aufgehoben zu betrachten ist.

4. (Zu §. 201.) Da heutzutage die Parteien nicht mehr gleich bei dem Verhöre die Zeugenaussagen erfahren, so hat man aus Besorgniß [15]), dieselben möchten, wenn sie zufällig vom Inhalte derselben Kenntniß erhielten, neue Zeugen, welche sie bestochen oder doch über die zu erstattende Aussage unterrichtet hätten, über die nämliche Thatsache vorschlagen, zwei Sicherungsmittel dagegen eingeführt, indem man einerseits den Zeugen am Schlusse des Verhörs Stillschweigen über ihre Aussage bis nach Eröffnung des Zeugenrotuls auferlegt, andererseits die Protokolle über das Verhör nebst dem Rotul vorerst versiegelt zu den Acten legt. Es ist dies jedoch keine im gemeinen Rechte begründete Formalität, so daß eine Nichtigkeit aus deren Vernachlässigung nicht entsteht, ja sie ist sogar unerheblich, sobald nach dem ersten Verhöre keine neuen Zeugen vorgeschlagen worden sind oder vorgeschlagen werden können. — Eine Folge und lediglich eine richtige Consequenz dieses Verfahrens ohne gesetzliche Begründung ist dann die Vorladung der Parteien, um ihnen im Gerichte die Zeugenaussagen zu eröffnen, welche zugleich den Nebenzweck hat, daß den Parteien nicht unerwartet die Aussagen der Zeugen kund werden, weil sie dadurch ohne Weiteres das Recht verlieren würden, neu aufgefundene, oder bei dem Mangel präclusiver Beweis- und Gegenbeweisfristen weitere Zeugen als die benannten vorzuschlagen. Deshalb ist diese Vorladung nicht einmal im summarischen Processe zu verabsäumen.

§. 205 — 208.

B. Urkundenbeweis [1]).

a) Begriff. b) Juristischer Werth.

I. (§. 205.) Im Römischen Rechte war der Begriff des Wortes „instrumentum" außer dem Processe ein sehr weit-

---

15) Clem. 2, de test. cit.; auch schon Nov. 90, cap. 4.

1) Gönner, Handbuch, II, Abh. 45. Schneider, Lehre vom Beweise, S. 115 fg., 181 fg., 327 fg., 360 fg. Glück, Commentar, XXII,

gehender, indem man darunter namentlich das Inventar eines Gutes verstand[2]). Für den Proceß dagegen werden sowol mit dem Worte instrumentum als documentum und dem deutschen Worte „Urkunde" im weitesten Sinne alle Arten von Beweisführungsmitteln bezeichnet[3]). Im engern Sinne begreift man darunter alle leblosen Gegenstände, welche Spuren menschlicher Thätigkeit an sich tragen, und im eigentlichen engsten Sinne schriftliche oder gedruckte Aufsätze[4]), Zeugnisse, wodurch irgend ein Thatumstand dargethan werden soll. In dieser letzten hier näher zu erörternden Bedeutung sind die Urkunden in formeller Beziehung entweder öffentliche, d. h. solche, welche von einer öffentlichen Person in dieser ihrer Function über einen Gegenstand ihrer amtlichen Thätigkeit in gehöriger Form ausgestellt sind; oder diesen gleichgeachtete (quasi publica)[5]), solche, welche zwar von einer Privatperson errichtet, allein von drei männlichen Zeugen mit unterzeichnet sind; und endlich Privaturkunden, solche, welche nur von den Interessenten oder dem Verfertiger vollzogen sind. Diese können aber sämmtlich wieder Originale oder Abschriften, Copien[6]), jene die ursprünglich als vollendet aus-

---

§. 1157. Heffter, System, §. 247. Spangenberg, Vom Urkundenbeweise. Schmid, Handbuch, II, 266 fg., §. 142 fg. Bayer, Vorlesungen über Civilproceß (8. Aufl.), §. 250—260, S. 833 fg.; §. 289 fg., S. 950 fg.

2) Tit. D. de instruct. vel instrum. legat. (33, 7).

3) L. 1 D. de fide instr. (22, 4). Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur. L. 29 C. de donation. (8, 54) — si sine scripto adhibitis aliis idoneis documentis hoc, quod geritur, comprobatur. Peinliche Gerichtsordnung, Art. 187. Adelung, Versuch eines Wörterbuchs, IV, 1347. Vergl. Glück, XXII, §. 1157. Bayer, a. a. O., S. 833.

4) L. 4, 18, 20 C. de probat. (4, 19). L. 15, 18 C. de fide instr. (4, 20). Vergl. auch L. 4 D. de fide instrum. Archiv für civil. Praxis, XV, 26 fg. Ueber die verschiedenen Arten: Gesterding, Nachforschungen, I, 223 fg.; II, 443 fg. Schmid, a. a. O., S. 267 fg. Bayer, a. a. O., S. 835 fg.

5) L. 11 i. f. C. qui potior. in pign. (8, 18). L. 17 C. si cert. petat. (4, 2). L. 20 C. de fide instr. (4, 21). Nov. 73, cap. 1, 2, 8; Nov. 90, cap. 2; Nov. 117, cap. 2.

6) Spangenberg, a. a. O., II, 11 fg. v. Linde, Abhandlungen, II, 8 fg., 30 fg. Schmid, a. a. O., §. 144, S. 274 fg.

gefertigte und vollzogene Urkunde, diese die spätere Vervielfältigung davon sein.

II. (§. 206.) Um den juristischen Werth [7]) einer eigentlichen Urkunde im Civilprocesse, abgesehen zunächst von deren Echtheit, richtig zu beurtheilen, muß man sich vorstellen, der angebliche Verfasser derselben, d. h. diejenige Person, welche als solcher genannt ist, thue mündlich dieselbe Aeußerung, welche den Inhalt der Urkunde ausmacht, und dann fragen, welche Beweiskraft eine solche mündliche Aeußerung genießen würde. Denn der Umstand, daß irgend eine Aeußerung auf Papier oder eine sonstige Masse eingetragen ist, gibt der Aeußerung selbst keinen höhern Werth, sondern dient nur dazu, das Andenken an dieselbe unverändert zu erhalten und deren Mittheilung noch möglich zu machen, wenn auch im Laufe der Zeit die mündliche Wiederholung unausführbar geworden sein sollte. — Hier zeigt sich dann in Rücksicht des Inhalts der Urkunden ein wesentlicher Unterschied zwischen solchen, welche eine Willenserklärung, eine Disposition enthalten, und solchen, welche nur historisch mittheilen, was außerhalb der Urkunde geschehen ist, mithin eine bloße Wissensäußerung enthalten. Denn was zunächst die Dispositionsurkunden betrifft, so gewähren diese dem Gericht eine Ueberzeugung davon, was der Verfasser der Urkunde gewollt hat, indem das Gericht durch eine Art Augenschein, das Lesen der Urkunde, verbunden mit einer anzustellenden Reflexion, zu beurtheilen im Stande ist, ob der Wille des Verfassers wirklich derjenige gewesen ist, welchen die eine Partei behauptet, so z. B. bei Cessionsurkunden, ob die Cession geschehen sei u. dgl. Nur darf man nicht verwechseln die verbindende Kraft des Inhalts, die Gültigkeit desselben, mit der Beweiskraft der Urkunde. Denn nur auf diese letztere erstreckt sich das Document, indem es das Vorhandensein des Willens beurkundet und gleichsam die versinnlichte Thatsache des Willens seines Verfassers ist, dem Gericht aber bleibt die Beurtheilung des Effects der Urkunde nach Verschiedenheit der Verhältnisse überlassen. Auch kann es bei der

---

7) Spangenberg, a. a. O., I, 312 fg. Schmid, a. a. O., S. 276 fg. Bayer, a. a. O., S. 837 fg.

Beweiskraft jener Art von Urkunden nicht darauf ankommen, ob der Verfasser ein Privatmann oder eine öffentliche Person oder irgend ein Dritter gewesen sei.

III. Anders hingegen verhält es sich mit den Urkunden, welche nur Wissensäußerungen enthalten; denn diese können eine überzeugende Beweiskraft für das Gericht nur unter der Voraussetzung haben, wenn der Verfasser, der Aussteller der Urkunde, zu dem dadurch zu beweisenden Thatumstande in einem solchen Verhältnisse stand, daß er darüber ein gültiges Geständniß oder ein genügend gültiges Zeugniß abzulegen im Stande war, nicht aber eine bloße Behauptung aufstellte. Man hat daher drei Arten der Wissensäußerungen und folgeweise der Urkunden, welche solche enthalten, zu unterscheiden: 1) Geständniß-, 2) Zeugniß- und 3) behauptende Urkunden. — Die Geständnißurkunden begründen, wenn sie alle Erfordernisse einer völlig beweisenden confessio (§. 128, IV.) an sich tragen, für das Civilrecht vollständige juristische Ueberzeugung, ohne weiter nach der Realität des Gestandenen zu fragen [8]). Dieses leidet nur dann eine Ausnahme, wenn Handschuldscheine ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes [9]) (chirographum indiscretum) ausgestellt sind, indem diese nicht einmal gegen ihren Verfertiger etwas beweisen; sodann aber bei allen den Urkunden, welche noch nicht so alt sind, daß ihnen die Einrede des nicht empfangenen Geldes oder der nicht empfangenen dos nicht entgegengesetzt [10]) werden könnte. Es beschränken jedoch die Geständnißurkunden, entsprechend der Natur eines Bekenntnisses, ihre Beweiskraft subjectiv auf die Person des Bekennenden und aller Derjenigen, welche dessen Handlungen gegen sich gelten lassen müssen. Es beweist daher eine solche Urkunde auch nur gegen diese vollständig. Objectiv aber sind diese Urkunden

---

8) L. 26 i. f. D. depos. (16, 3). v. Bülow, Abhandlungen, I, 205 fg. Spangenberg, a. a. O., II, 28 fg.

9) L. 25, §. 4, D. de probat. (22, 3). Cap. 14 X. de fide instrum. (2, 22).

10) L. 14 C. de non num. pec. (4, 30). Nov. 100, cap. 1, 2. Pfeiffer, Vermischte Aufsätze, Nr. 3. Glück, a. a. O., XII, §. 786 fg. v. Savigny, System, V, 416 fg., §. 253.

auf solche Thatumstände beschränkt, welche dem Aussteller der Urkunde nachtheilig werden können, was man mit der Regel auszudrücken pflegt, daß die scriptura nur contra scribentem völlig beweise. — Hieraus ergibt sich dann aber, daß alle solche Urkunden, welche Behauptungen eines dem Aussteller nützlichen Thatumstandes enthalten (scriptura pro scribente prolata), regelmäßig [11]) gar keine Beweiskraft genießen, weder für den Verfertiger noch für dessen Rechtsnachfolger, sobald nicht besondere Nebenumstände [12]) hinzutreten, welche dem Documente einigen juristischen Werth verleihen; doch werden dieselben fast nie zu einem völligen Beweise führen. Zu diesen Nebenumständen sind nun aber zu rechnen: 1) der Fall, wenn eine solche Urkunde in anderer Beziehung gegen den Aussteller [13]) producirt worden ist; denn in einem solchen Falle genießt dieselbe auch für ihn, ohne Rücksicht auf die Protestation des Vorlegenden, daß er sie nur soweit sie ihm nützlich vorgelegt haben wolle, in allen den Punkten Beweiskraft, wobei der nämliche Grund der Glaubwürdigkeit eintritt, weshalb der Producent einen Theil der Urkunde für sich angeführt hat. — 2) Wenn die Urkunde Demjenigen, zu dessen Nachtheil die Behauptung gereicht, zugestellt und von ihm ohne Widerspruch angenommen [14]) worden ist, daher z. B. Zinsenquittungen, die der Schuldner angenommen hat, einen unterstützenden Beweis für die Capitalschuld abgeben. 3) Auch das Alter solcher Urkunden, welche den jetzigen von ihnen gemachten Gebrauch nicht bezwecken, sondern in anderer erlaubter Absicht ausgestellt sind [15]), unterstützt die Glaubwürdigkeit solcher Urkunden, besonders wenn der Verfertiger derselben ein

---

11) Nov. 48, cap. 1, §. 1. L. 5, 6, 7 C. de probat. (4, 19). L. 6 C. de testam. (6, 23). Spangenberg in v. Zu Rhein's Jahrbüchern des bürgerlichen Processes, I, 44 fg. Bayer, a. a. O., S. 846 fg. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XX, 100 fg.

12) L. 5 C. de probat. (4, 19). L. 29 D. eod. (22, 3). Glück, Commentar, XXII, 60 fg.

13) Nov. 49, cap. 2, §. 1. v. Bülow, a. a. O., II, 269 fg. Heise u. Cropp, Abhandlungen, I, Abh. 8.

14) Arg. L. 16 D. ad senatus cons. Macedon. (14, 6).

15) Cap. 13 X. de probat. (2, 29).

Interesse hatte, nichts Unwahres in Bezug auf die zu beweisende Thatsache zu behaupten, oder auf die Richtigkeit der Urkunden zum Voraus vereidigt ist; so kann z. B. ein Privatrechnungsführer durch eine Vereinnahmung in alten Rechnungen auch für den Eigenthümer des Geschäfts oder den Gutsherrn eine Wahrscheinlichkeit begründen, sobald von Zahlungen des Producten die Frage ist. — Hierher gehören 4) die Handelsbücher[16]) der Kaufleute, deren Glaubwürdigkeit jedoch durch Landesgesetze näher bestimmt sein muß, da hierin gar mancherlei Modificationen gebräuchlich sind.

IV. Endlich sind Wissensurkunden auch noch eigentliche Zeugnisse[17]), sobald man voraussetzen kann, daß ihr Verfertiger kein eigenes Interesse bei deren Inhalt gehabt habe, und es demselben weder an der Fähigkeit die Wahrheit zu kennen, noch an dem guten Willen gefehlt hat, die gekannte Wahrheit im Document auszudrücken. Weil es aber selbst unter diesen Umständen dem Documente an der Form einer gültigen Zeugenaussage fehlt, so muß man dergleichen Urkunden nach folgenden drei Hauptclassen unterscheiden: 1) öffentliche Urkunden rücksichtlich des Ausstellers, d. h. wenn der Aussteller ein Staats- oder Kirchenbeamter[18]) war und über seine Amtsgeschäfte die Urkunde ausgestellt hat; denn in diesem Falle wird, wenn nur sonst bei der Urkunde die gesetzlich vorgeschriebene Form beobachtet wurde, bei dem Aussteller vermöge seines Amtes der rechtliche Wille präsumirt. Zu der Beobachtung der vorgeschriebenen Form muß dann aber noch die Angabe des Wissensgrundes des Ausstellers von der bezeugten Thatsache kommen, da ohne diese eine solche Urkunde keine hinreichende Beweiskraft genießt. Ist dagegen dies Alles beobachtet, so hat die Urkunde

---

16) Geiger u. Glück, Rechtsfälle, I, Nr. 4. Strube, Rechtliche Bedenken, III, Bed. 92; IV, Bed. 44; V, Bed. 104. Hänsel, Beweis durch Handelsbücher (Leipzig 1830). Wetzel, System, I, 139 fg.

17) L. 3, §. 3, D. de test. (22, 5). v. Bülow u. Hagemann, Erörterungen, I, Erört. 24, §. 4. Spangenberg, Urkundenbeweis, II, 28, 30 fg. Seuffert, Archiv der Entscheidungen, S. 244.

18) Cap. 7 X. de probat. (2, 29); Cap. 11 X. de praesumt. (2, 23). Archiv für civil. Praxis, XV, 26 fg. Zunftbücher: Gesterding, Nachforschungen, I, 255 fg.

völlige Beweiskraft. — Dagegen stehen 2) den Urkunden, welche von einer Privatperson herrühren, wohin auch die Beamten insoweit gehören, als sie etwas bezeugen, was nicht zu ihrem Geschäftskreise gehört, stets die Bedenklichkeiten entgegen, daß das Zeugniß weder eidlich erhärtet, noch wie es sollte mündlich vor Gericht abgelegt ist. Zu einem Endurtheile in einem Ordinarprocesse beweisen sie daher gar nichts [19]); zu einer summarischen Bescheinigung aber, vermittelst deren man provisorische Maßregeln veranlassen will, sind sie, um die erforderliche Wahrscheinlichkeit zu begründen, wol ausreichend. Als Ausnahmen von dieser Regel pflegt man anzugeben, theils die Aufzeichnung der Aeltern [20]) über die Geburt, das Alter, den Tod ihrer Kinder, insbesondere wenn solche Nachrichten vor längerer Zeit aufgeschrieben sind; theils die eidlich erhärteten Inventarien des Erblassers [21]), in ihrer Geltung für die Miterben unter einander. Allein die letztere Ausnahme enthält weniger eine Zeugnißurkunde als eine Disposition, welche für die Erben natürlich verbindend ist; die erstere dagegen beruht auf einer falschen Auslegung des Römischen Rechts, und läßt sich nach der Strenge des Rechts gar nicht vertheidigen. Als einzige wahre Ausnahme kann man daher nur diejenige betrachten, daß Hypotheken, welche in einer gewissermaßen öffentlichen Form (forma quasi publica) bestellt sind, durch die Unterschrift dreier männlicher Zeugen in Hinsicht des Tags der Aufstellung hinlänglich bewiesen [22]) werden.

V. (Zu §. 207.) Nur Urkunden, welche nach diesen Grundsätzen fähig sind, wenigstens eine juristische Wahrscheinlichkeit zu begründen, auch ihrem Inhalte nach relevant erscheinen, was durch die Reflexionen des Gerichts bei dem bloßen Durchlesen derselben erhellen muß, können zur Führung eines Beweises benutzt werden, bedürfen alsdann aber einer besondern Prüfung

---

19) Anderer Meinung: Wachenhusen im Archiv für civil. Praxis, XIII, 130 fg., 206 fg. Bayer, a. a. O., S. 845 fg.

20) L. 16, 29 D. de probat. (22, 3). Thibaut, System, §. 1077. Glück, Commentar, XXI, 323, 422 fg.

21) Nov. 48, cap. 1, §. 1.

22) L. 11 C. qui potior. in pignor. (8, 18).

ihrer Echtheit[23]), d. h. des Thatumstandes, ob der angebliche Verfasser der Urkunde dieselbe auch wirklich ausgestellt habe; denn nur unter dieser Voraussetzung ist der Werth des Documents anerkannt worden. Diese Prüfung aber ist eine rein factische und bildet eine Incidentfrage, über welche der Producent des Documents die nöthige Gewißheit herbeischaffen muß. Da aber im ordentlichen Proceß über nichts Beweis verlangt wird, worüber nicht actenmäßig feststeht, daß der Gegner diese Thatsache in Abrede stelle, so muß zu dem Zweck in Ansehung jedes producirten Documents der Product aufgefordert werden, sich über dessen Echtheit zu erklären[24]). Diese Erklärung wird aber am zweckmäßigsten in einer Gerichtssitzung abgegeben, in welcher das Original[25]) der Urkunde vom Producenten vorgelegt wird, damit der Product dasselbe gehörig in Augenschein nehmen könne, um sich dann über dessen Echtheit zu erklären, während andererseits der Producent nicht genöthigt werden kann, die Urkunde in dessen Privathände zu geben. Es ist daher ein ausgemachter Grundsatz, daß auf die Beweisantretung durch Urkunden ein Productionstermin anberaumt wird, in welchem der Producent das Original an Gerichtsstelle verlegt und der Product, nach davon genommener Einsicht, über dessen Echtheit eine der Litiscontestation ähnliche Erklärung abgibt. Mag nun auch in einzelnen Fällen[26]) eine bloße Abschrift dem Werth des Originals gleichkommen und dasselbe vertreten können, so gehört das doch nicht hierher, wo es sich um die Erklärung über die Echtheit der Urkunde handelt, weil es bei Abschriften ausgemacht ist, daß sie

---

23) Gönner, Handbuch, II, Abh. 46, §. 8—17. Schmid, a. a. O., S. 295 fg. Bayer, a. a. O., S. 848, 852 fg.

24) Jüngster Reichsabschied, §. 39.

25) Cap. 1 X. de fide instrum. (2, 22). Si scripturam authenticam non videmus, ad exemplaria nihil facere possumus.

26) 1. Wenn der Producent nachweist, daß das Original durch den Dolus des Producten verloren gegangen sei, L. 20 C. de probat. (4, 19). L. 2, §. 1, D. de jure fisci (49, 14). — 2. Wenn der Gegner die Abschriften für sich anführt, Nov. 49, cap. 2, §. 1. — 3. Wenn die Abschrift wegen des Ungehorsams des Gegners, der das Original ediren sollte, zur Strafe vom Gericht für das Original erklärt wird (§. 317), L. 56, pr. D. de V. S. L. f. C. ad leg. Corn. de fals. (9, 22).

nicht echt sind, mithin kann die Production sich nur auf das wirkliche Original beziehen. Ueberdies aber muß nun die Litiscontestation lediglich auf die Entstehung, den Ursprung der Urkunde, also lediglich auf die Unterschrift derselben sich beziehen, nicht aber auf eine Ableugnung des Inhalts sich erstrecken, weil nach anerkannter Unterschrift des Verfertigers, als einer echten, seine Zustimmung in das darüber Geschriebene von selbst folgt[27]), so daß dem Producten dann nur übrig bleibt, theils Einreden gegen die Gültigkeit und den Werth des Inhalts vorzuschützen, theils den indirecten Gegenbeweis zu übernehmen, daß hier eine Verfälschung vorgefallen sei, sei es durch Misbrauch eines Blanquets, sei es durch Verleitung zur Unterschrift eines Inhalts, den er nicht gekannt habe[28]). — Wenn daher der Product nur die Echtheit der Urkunde ableugnen kann, was hier den besondern Namen der Diffession führt, so reicht das schon hin, um den Inhalt der Urkunde zu entkräften; denn nun ist das Document ohne einen bekannten Urheber, und folglich unfähig irgend etwas zu beweisen, wenn nicht jene Diffession widerlegt wird; daher wird der Productionstermin immer alternativ entweder zur Recognition oder Diffession angesetzt. — Wenn nun der Product wirklich über die Echtheit des Documents antwortet und dieselben anerkennt, so liegt in dieser Anerkennung, welche man auch mit dem Namen Recognition oder Agnition im engern Sinne bezeichnet, ein gerichtliches Geständniß, welches ganz nach den Regeln für diese beurtheilt wird. Dieses Geständniß wird häufig nur mündlich zu Protokoll vom Producenten dahin abgelegt, daß er zugebe, die Urkunde sei von dem angeblichen Verfasser wirklich ausgestellt; in der Praxis wird das gewöhnlich so ausgedrückt: man wolle die Urkunde dafür gelten lassen, wofür sie ausgegeben werde. Dabei ist es dann aber nicht nothwendig, daß man sich die Einreden gegen den Inhalt der Urkunde ausdrücklich vorbehalte, denn diese verstehen sich, soweit sie zulässig sind, von selbst.

---

27) L. 8, §. 15; L. 9, §. 1, D. quib. mod. pign. solvit. (20, 6). Schneider, a. a. O., §. 211 fg.

28) Heffter, System, S. 303. Schmid, a. a. O., S. 298, Note 16. Bayer, a. a. O., S. 855 fg.

VI. Wenn hingegen der Product die Echtheit der Urkunden leugnet, oder, was bei fremden Urkunden von gleicher Bedeutung ist, die Echtheit ignorirt, mithin das Document diffitirt, so muß nunmehr der Producent die streitig gewordene Echtheit den allgemeinen Regeln nach beweisen, soweit er sich davon nicht durch eine Rechtsvermuthung befreien kann, wie dies in Ansehung der in öffentlicher Form ausgefertigten Urkunden [29]) dann der Fall ist, wenn dieselben an den gesetzlichen Bestimmungen über deren Form keinen Mangel haben. Es werden daher dergleichen Urkunden auch dem Producten nur zur Recognition, nicht auch alternativ zur Diffession vorgelegt, indem sein bloßes Leugnen vergebens sein würde, sobald er nicht den Beweis geschehener Verfälschung führen will, zu dessen Erleichterung eben nur die Vorlegung der Urkunde dienen soll. Zu dergleichen öffentlichen Urkunden gehören in Deutschland auch die Notariatsdocumente, vorausgesetzt, daß sie in gesetzlicher Form ausgefertigt worden sind; denn in diesem Falle bedarf es nicht einmal der Anerkennung der Urkunde von Seiten der mitunterschriebenen Zeugen, da das gemeine Recht deren Unterschrift gar nicht verlangt. — Einer besondern Erwähnung bedürfen hier aber noch die aus den Staatsarchiven im Originale vorgelegten Urkunden; denn auch sie sollen nach Römischem Rechte [30]) präsumtiv echt sein, wegen der besondern Sorgfalt und Genauigkeit, welche bei ihrer Aufnahme in ein solches Archiv anzuwenden ist. Ein Gleiches läßt sich in Bezug auf die Gerichtsarchive und Registraturen nicht ausführen, da der Zugang zu diesen regelmäßig mit derselben Sorgfalt nicht erschwert ist. — Die documenta quasi publica dagegen gehören nicht in diese Kategorie, denn bei ihnen muß, wie bei allen bloßen Privaturkunden, sobald deren Echtheit bezweifelt worden ist, der Producent diese auf andere Weise darthun.

---

29) Cap. 2 X. de fide instr. (2, 22). Gesterding, Ausbeute, I, 235 fg. Wetzell, System, I, 149. Bayer, a. a. O., S. 852.

30) Nov. 49, cap. 2, §. 2. v. Bülow u. Hagemann, III, Erört. 42. Spangenberg, Urkundenbeweis, II, 40 fg. Archiv für civil. Praxis, II, 87 fg. Bayer, a. a. O., S. 866 fg.

VII. Ist nun aber der Producent in der Lage, die Echtheit einer Urkunde beweisen zu sollen, so sollte dieses Beweisverfahren in allen Fällen nicht anders eröffnet werden, als nachdem ihm dazu vom Gericht eine Beweisfrist bestimmt worden wäre, damit Verbesserungen des Beweises nicht etwa hinterdrein versucht werden. In Ansehung der alsdann zu wählenden Beweismittel hat man die beiden Gattungen von Urkunden, die gewissermaßen öffentlichen und die bloßen Privaturkunden zu unterscheiden; denn bei jenen kommt es nur darauf an, daß die mitunterschriebenen drei männlichen Zeugen ihre Unterschrift vor Gericht als echt anerkennen, indem dadurch diesen Urkunden in gleicher Weise wie den öffentlichen Urkunden die Rechtsvermuthung der Echtheit verschafft wird. Dabei aber scheint nach Römischem Rechte [31]) eine Beeidigung auch solcher Zeugen vorangehen zu müssen. Sollten jedoch diese Instrumentszeugen nicht mehr zu haben sein, so bleibt dem Producenten, wie bei allen bloßen Privaturkunden, nur die gewöhnliche Beweisführung übrig, welche er nach eigenem Gefallen entweder durch eigentlich historische Zeugen, oder durch Kunstverständige, oder endlich durch Eidesantrag zu versuchen hat. Den eigentlichen Zeugenbeweis darf er aber nicht darauf richten, daß die Zeugen über die Aehnlichkeit der Handschriften, bezüglich deren Echtheit, urtheilen, sondern lediglich darauf, daß sie die Verfertigung des Documents mitangesehen, oder allenfalls eine Erklärung des Verfertigers, daß dies seine Handschrift sei, angehört haben. Die Beurtheilung der Aehnlichkeit der Schriftzüge hingegen gebührt den Schreibverständigen [32]). Zu dem Ende muß denn zuerst eine solche Urkunde herbeigeschafft werden, welche ohne Zweifel echt und von der nämlichen Person wenigstens unterschrieben ist, die auch das streitige Document ausgefertigt haben soll, damit alsdann mit jener Unterschrift die Vergleichung angestellt werden kann. Eine solche Vergleichung führt aber nie zur juristischen Gewißheit,

---

31) Nov. 73, cap. 1. Glück, a. a. O., XXII, 29, 99—103.

32) L. 20, 21 C. de fide instr. (4, 21). Nov. 49, cap. 2; Nov. 73, cap. 7; Nov. 119, cap. 3. Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 149. Glück, a. a. O., S. 87 fg. Ortloff, Juristische Abhandlungen, I, 90 fg. Schmid, a. a. O., S. 302 fg. Bayer, a. a. O., S. 860 fg.

sondern höchstens zum Erfüllungseide. Uebrigens kann der Product nicht gezwungen werden, zu diesem Ende im Gericht eine Urkunde zu schreiben, sollte auch nur seine eigene Unterschrift ganz allein in Frage sein. — Unzweifelhaft ist es endlich, daß sich der Producent zum Beweise der Echtheit einer Urkunde, der Eidesdelation unter den gewöhnlichen Bedingungen, unter welchen diese überhaupt im Civilprocesse gestattet ist (§. 224), bedienen kann. Diese Eidesdelation darf man aber mit dem Diffessionseide nicht verwechseln.

VIII. In der Praxis behauptet man in Gemäßheit mancher Landesgesetze, daß die Gerichte einen jeden Producenten, welcher die Echtheit der vorgelegten Urkunde ableugnet, von Amtswegen zur Ableistung des Diffessionseides[33]) anhalten könnten, sobald der Producent dagegen nicht protestirt oder sich doch nicht ausdrücklich andere Beweisführung vorbehalten hat. Man behauptet auch wol, daß der Product bei dem Diffessionseide, abweichend von dem Falle eines angetragenen freiwilligen Haupteides, nicht berechtigt sei, den Diffessionseid durch eine Gewissensvertretung abzuwenden oder ihn dem Producenten zurückzugeben, oder aber von diesem einen Gefährdeeid zu fordern. Beruhen daher diese Sätze nicht auf speciellen Vorschriften der Landesproceßordnung des Gerichts, wo der Rechtsstreit anhängig ist, und deuten diese nicht offenbar darauf hin, daß im Diffessionseide ein Reinigungseid enthalten sei, so lassen sich dieselben nach gemeinem Recht nicht rechtfertigen. Denn das gemeine Recht legt Niemandem einen Reinigungseid auf, ehe nicht eine ihm vorgeschriebene Beweisfrist abgelaufen ist und sich auf diese Weise ein Mangel der Beweisführung ergeben hat; ferner aber Niemandem, gegen den nicht wenigstens eine juristische Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, was gleichwol beides sich vom Diffessionseide nicht behaupten läßt, wenn er unmittelbar nach abgeleugneter Echtheit der vorgelegten Urkunde von Amtswegen auferlegt wird. — Nach gemeinem Rechte, welches übrigens den Namen Diffessionseid nirgends gebraucht, selbst nicht in §. 39 des Jüngsten Reichs-

33) Glück, Commentar, XXII, 45—51. Wetzell, System, I, 151, Note 80 fg. Schmid, a. a. O., S. 303 fg., und die dort citirten Schriftsteller. Bayer, a. a. O., S. 858 fg.

abschieds, welcher zwar vom Diffitiren, nicht aber vom Diffessionseide redet, läßt sich dieser Eid nur als eine Art Calumnieneid [34]) betrachten, wovon allerdings in Nov. 49, cap. 3, die Rede ist. Hiermit würden sich denn auch jene Sätze ziemlich vereinigen lassen, aber es hätte das auch den Erfolg, daß selbst nach Ableistung jenes Eides der Beweis der Echtheit jener Urkunde nicht ausgeschlossen, sondern nur erst nothwendig würde, wie im Mittelalter bei vorgelegten Positionen der Ponent erst dann und soweit einen Beweis zu führen hatte, als dieselben nach abgeleistetem juramentum respondendorum bezweifelt worden waren. Sehr wichtig ist daher, welche rechtliche Natur man dem Diffessionseide beizulegen habe.

IX. Jede Art von Beweisführung, welche der Producent über die Echtheit von Urkunden unternimmt, muß aber nach den gewöhnlichen Regeln für die angewendete Gattung von Beweismitteln behandelt und beurtheilt werden. Es ist jedoch dabei noch besonders hervorzuheben, daß über diesen Incidentbeweis ein abgesondertes Hauptverfahren ebenso wenig stattfindet, als über dessen Erfolg in einem abgesonderten Urtheile erkannt wird, vielmehr beides mit der Hauptsache zugleich verbunden wird, damit nicht durch Zwischenrechtsmittel die Sache ungebührlich verzögert werde. — Unnöthig wird aber die Erörterung über die Echtheit vorgelegter Urkunden: 1) wenn dieselben exemplificirte [35]) sind, d. h. solche Abschriften, welche vom Gerichte nach vorhergegangener Prüfung des Originals in der Absicht verfertigt worden sind, damit die Abschrift statt des Originals dienen solle, oder damit, falls das Original eine Privaturkunde

---

34) Sengebusch, De indole juram. diffess. (1801). v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, I, Erört. 24, §. 3. — Für einen Reinigungseid halten ihn: Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte, III, §. 461, Note e; Wetzell, a. a. O.; für einen ausdrücklich oder stillschweigend deferirten Eid: Glück, a. a. O., S. 47; Reinhardt, Handbuch, II, §. 259; für einen Calumnien- und bald für einen deferirten Eid: Wachenhausen, Archiv für civil. Praxis, XIII, 230 fg.; für einen besondern selbständigen Eid: Gensler, Archiv für civil. Praxis, III, 324 fg.; Goldschmidt, Abhandlungen, VIII, §. 6; Schmid, a. a. O., S. 306; Bayer, a. a. O., S. 860.

35) Cap. 16 X. de fide instr. (2, 22).

war, aus dieser eine gerichtliche gemacht werde; 2) wenn solche Abschriften, welche der Gegner entweder wirklich schon für richtig anerkannt hat, oder welche zur Strafe des Ungehorsams desselben als solchergestalt vom Gegner anerkannt, vom Gericht erklärt worden sind, vorgelegt werden. Es pflegt dies namentlich dann zu geschehen, wenn auf Edition einer Urkunde angetragen und gegen den Producten die poena editi zur Anwendung gekommen ist. 3) Rechnet man dazu gewöhnlich den Fall, wo von einem öffentlichen Document, welches präsumtiv echt ist, durch eine öffentliche Person eine beglaubigte Abschrift genommen worden ist, und die Parteien nicht über die Existenz des Originals, sondern lediglich über dessen Inhalt streiten.

§. 209—215.

c) Beweisführung durch Urkunden.

Zu Dem was in den §§. 209—215 über die Beweisführung [1]) durch Urkunden vorgetragen worden ist, bleibt daher nur noch Folgendes nachzutragen:

(Zu §. 213.) Ueber die Nothwendigkeit des Erscheinens der Parteien im Productionstermin bei der Beweisführung durch Urkunden ist im gemeinen Rechte gesetzlich nichts speciell verordnet. Daß aber das Erscheinen 1) des Producten wesentlich sei, ergibt der Zweck seiner Vorladung. Denn bei Privatdocumenten soll seine Erklärung entscheiden, ob die Echtheit der Urkunde noch eines Beweises bedürfe; bei öffentlichen dagegen soll ihm Gelegenheit gegeben werden, sich von deren Untadelhaftigkeit zu überzeugen oder für seine Vertheidigung dagegen Stoff zu erhalten. Er muß daher bei diesen wie bei jenen peremtorisch vorgeladen werden. — Eine andere Frage aber ist, warum ihn im Falle des Ausbleibens die Strafe des Anerkenntnisses (poena agniti v. recogniti), und nicht vielmehr die des fingirten Leugnens trifft. Es rechtfertigt sich dies aber gemein-

---

1) Bayer, Vorlesungen (8. Aufl.), §. 289 fg., S. 950 fg.

rechtlich, weil er bei den Urkunden von eigener Hand sein Leugnen mit einem Calumnieneide begleiten muß, wenn der Gegner diesen nicht erläßt, und das Nichtleisten eines solchen die Strafe des Eingeständnisses involvirt, dagegen bei wahren öffentlichen Urkunden zwar deren Recognition unnöthig ist, deren Vorlegung aber zum eigenen Besten des Producten geschieht. Nur bei Urkunden von der Hand eines Dritten würde sich die Androhung dieses Rechtsnachtheils für den Fall des Ungehorsams nicht rechtfertigen lassen, zumal der Jüngste Reichsabschied, §. 39, sagt: die Vorladung solle „bei gewöhnlichem praejudicio" geschehen. — In Ansehung des Erscheinens 2) des Producenten im Productionstermin ist zu unterscheiden, ob sich die Originale der vorzulegenden Urkunden bereits bei den Acten befinden oder nicht. Ist das Erstere der Fall, dann ist derselbe nur monitorisch zu laden, und in seiner Abwesenheit im Productionstermine mit Vorlegung und Recognition der Urkunden zu verfahren, ohne daß ihm seine Abwesenheit einen Nachtheil brächte; wogegen er im letztern Falle peremtorisch zu laden ist, und ihm für den Fall des Ungehorsams der Verlust der Beweisführung als Strafe anzudrohen ist, weil, wenn die Vorlegung der inducirten Urkunden nicht erfolgt, der Productionstermin vergeblich sein würde.

§. 216 und 217.

C. Beweis durch Augenschein.

I. Bisher wurde mehr von dem historischen Beweise gehandelt; nun ist von dem Befundbeweise, der am häufigsten durch Augenschein und Sachkenner geführt wird, wiewol beide auch in Bezug auf vergangene Thatumstände, besonders als künstliche Beweismittel vorkommen, zu handeln. Bei dem Augenscheine[1]), von welchem hier zunächst zu reden ist, muß wohl beachtet werden, daß der Richter nie über einen Gegenstand, zu dessen Wahrnehmung Kunstkenntniß erfordert wird, den

1) Die Literatur siehe §. 130, Note 2.

Augenschein ohne Zuziehung Sachverständiger vornehmen kann. Denn der Staat fordert vom Richter nur Rechtskenntniß und kann ihn daher nicht als Kunstkenner betrachten, selbst nicht wenn im einzelnen Falle eine Ausnahme davon vorhanden wäre, weil die Gesetze allgemein, ohne auf diese Möglichkeit zu achten, gegeben werden, und weil derselbe Mensch nicht Richter und Zeuge zugleich sein kann. Darüber ob der Augenschein von Amtswegen bisweilen eingenommen werden könne, ist bereits oben (§. 134, V., 2., S. 88) gehandelt.

II. Was nun das Verfahren bei der Einnahme des Augenscheins betrifft, so hat der Richter an dem dazu nach Maßgabe der im §. 217 des Compendiums gegebenen Regeln anberaumten Termine die Verhandlung an Gerichtsstelle damit zu beginnen, daß die Gegenstände der Besichtigung, als zu beantwortende Fragen, zum wenigsten nunmehr speciell, d. h. einzeln und genau bestimmt, auf vorlaufend numerirte Sätze reducirt werden, wenn dies nicht bereits durch ein Decret geschehen ist, dann aber die Erklärung der Parteien darüber verlangt wird, ob die Fragen richtig und erschöpfend seien. Nachdem hierauf die Beeidigung der etwa zuzuziehenden Sachverständigen erfolgt ist, läßt der Richter die betreffende Sache, wenn sie zu den Mobilien gehört, von den Parteien vorlegen, oder nimmt sie, wenn sie sich bereits im Gewahrsam des Gerichts befindet, zur Hand; gehört sie aber zu den Immobilien, so begibt sich das gehörig besetzte Gericht mit den Parteien und Sachverständigen an Ort und Stelle und setzt da die Verhandlung fort. Die Besichtigung selbst hebt damit an, daß beide Parteien sich über die Identität dieser Sache oder Stelle, welche zu besichtigen ist, zu Protokoll erklären; dann folgt die Wahrnehmung des Gerichts nach der Ordnung der aufgestellten Fragen, indem alles Wahrgenommene und zur Aufklärung derselben Dienende so anschaulich beschrieben wird, daß jeder Fremde darnach sich orientiren kann. Dabei werden die Parteien aufgefordert, dasselbe selbst zu sehen und zu Protokoll zu erklären, daß das Wahrgenommene wirklich so war, oder was sie dagegen zu erinnern haben. Findet das Gericht wesentliche Punkte, welche noch zu erläutern sind, so fügt es diese auf dieselbe Weise hinzu. Endlich werden die Resultate der Besichtigung mit den bereits früher zu den Acten gekom-

menen Rissen verglichen, oder an die Sachverständigen die Anweisung ertheilt, nun einen mit dem Protokoll, welches über die ganze Verhandlung Schritt vor Schritt aufgenommen worden ist, übereinstimmenden Riß anzufertigen. — Erhebliche Fehler, z. B. locale Incompetenz des Gerichts, können eine Wiederholung um so mehr veranlassen, als hier ein Fehler des Gerichts vorliegt; ebenso veranlaßt eine Undeutlichkeit des Protokolls, wenn sie von Einfluß ist, daß die Besichtigung von Amtswegen wiederholt wird. Auf Antrag der Parteien findet dagegen die Wiederholung des Augenscheins nur bis zum rechtskräftigen Erkenntnisse statt [2]).

§. 218—222.

D. Beweis durch Kunstverständige.

I. (Zu §. 218.) Während die ältern Juristen und Gesetze die Sach- oder Kunstverständigen [1]) von den Zeugen gar nicht getrennt, und diese Art der Beweisführung nach den Regeln des Zeugenbeweises beurtheilt haben, was zur Folge hat, daß der Beweis durch dieselben häufig mislingt, haben die neuern Juristen die in die Augen fallende Verschiedenheit beider Arten der Beweisführung anerkannt, und versucht, das Mangelhafte, was in den gemeinrechtlichen Bestimmungen über die Behandlung des Beweises durch Kunstverständige enthalten ist, dadurch zu verbessern, daß sie allerlei Ansichten über deren Verhältnisse aufstellen, welche den Gesetzen ebenso fremd als an sich unpassend sind. So haben Einige wegen des im Römischen Rechte [2]) vorkommenden Ausdrucks „arbiter" für Kunstkenner

---

2) Westphal, Rechtsgutachten, I, 114, §. 5. Hagemann, Praktische Erörterungen, VII, Erört. 12. Bayer, a. a. O., S. 821.

1) Gönner, Handbuch, II, Abh. 45. Schneider, Vom Beweise, §. 176—194, 568—589. Puchta, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, III, 54 fg. Seeger, Das Verfahren mit Sachverständigen (Stuttgart 1841). Walther, Archiv für civil. Praxis, XXVI, 85 fg., 249 fg.; eine Zusammenstellung der Literatur, siehe daselbst S. 94 fg. Bayer, a. a. O., S. 822 fg., 973 fg.

2) L. 6, §. 1, C. de secund. nupt. (5, 9) — justis pretiis aesti-

behauptet, diese seien als Schiedsrichter, als judices facti, zu behandeln, daraus aber weiter gefolgert, daß beim Gebrauch der Kunstverständigen ebenso wie bei einem Compromiß und bei einem Receptum der Ausspruch der gewählten Kunstverständigen als unabänderlich betrachtet werden müsse, wenn nicht dagegen binnen zehn Tagen ein förmliches Rechtsmittel eingewendet werde (laudum homologatum). Man hat dabei aber nicht nur vergessen, daß der römische Ausdruck „arbiter" sehr häufig auch einen solchen Mann bezeichnet, welcher bestimmter und richtiger arbitrator [3]) genannt wird, sondern man hat auch übersehen, daß die Kunstverständigen nur Beweismittel sein sollen in einem Processe, welcher bei Gericht anhängig bleibt und eben deshalb nur vom Gericht entschieden werden soll, so daß von einer analogen Anwendung des Compromisses oder Receptum keine Rede sein kann. — Andere [4]) dagegen haben in den Kunstverständigen bloße Gehülfen des Richters erkennen und ihnen eine Form der Geschäftsbehandlung zuschreiben wollen wie einem Justizcollegium. Daraus hat man denn gefolgert, daß man nur dann sich Kunstverständige verbitten könne, wenn man sich in Hinsicht ihrer zur Ableistung eines Perhorrescenseides bereit erkläre. Allein das Römische Recht kennt diesen Eid gar nicht, das Kanonische Recht aber erwähnt dessen nur bei den Richtern; Sachverständige aber sind sehr häufig nur Privatpersonen, bei denen es nicht nothwendig ist, daß die Parteien Zutrauen zu ihnen hegen. Auch ist wohl zu erwägen, daß bei Zeugen die Nachweisung von bloßen Verdachtsgründen genügt, um denselben ihre Glaubwürdigkeit zu entziehen, ohne daß je ein solcher Eid in Bezug auf sie erfordert würde. Weiter aber hat man angenommen, daß, wenn mehre über einen und denselben Umstand zugezogene Sachverständige in ihrem Urtheile von einander abweichen, das Gutachten durch Stimmenmehrheit [5]) erzielt werden

---

matione habita per eos, quos utraque pars elegerit arbitros judicaturos, interposito juramento.

3) L. 12 D. de legat. (3, 2). Brissonius, De verborum significatione, bei arbiter Nr. 3.

4) Gönner, a. a. O., §. 1. Quistorp, Bemerkungen, I, Bemerk. 109.

5) Nach L. 1, pr. D. de inspic. ventre (25, 4). Gönner, a. a. O.,

müſſe; endlich aber, daß ein analoges Inſtanzenverhältniß wie bei den Gerichten, und ein Recurs von den zuerſt zugezogenen Kunſtkennern an andere, vorzüglich höhere, wie eine Appellation ſtattfinden müſſe. — Allein dagegen iſt zu erinnern, daß Stimmenmehrheit, welche bei Collegien ein Princip der Geſchäftsführung iſt, hier gar nicht in Frage ſein kann, da Kunſtverſtändige, welche in einem Rechtsſtreite erwählt worden ſind, keine Corporation bilden, weil ſie weder einen fortdauernden Zweck haben, noch als Corporationen vom Regenten beſtätigt worden ſind, mithin die Einzelnen als Privatperſonen keinen förmlichen Collegialbeſchluß faſſen können, ſondern bei ihnen wie bei den Zeugen das Argument in Frage kommt, daß nicht die Zahl entſcheidet, ſondern die mit beſſern Gründen unterſtützten Ausſagen, welche nach dem ganzen Zuſammenhange am meiſten entſprechen[6]). Man iſt aber um ſo mehr berechtigt, dieſes Argument hierher zu ziehen, als alle Kunſtverſtändigen genöthigt werden, die Gründe ihres Gutachtens genau anzugeben, dieſe jedoch nicht immer von gleichem Werthe ſind. Wenn nun auch das Gericht, weil ihm ſelbſt keine Kunſtkenntniß zugetraut wird, nicht befugt iſt, darüber zu urtheilen, welche Gründe den Vorzug verdienen, ſo kann dennoch über den Vorzug der Gründe ein Sachverſtändiger gefragt werden, welcher deren Beurtheilung regulirt. Die angezogene L. 1 D. de inspic. ventr. (25, 4) aber ſteht der behaupteten Entſcheidung durch Stimmenmehrheit nicht zur Seite. Denn in der angezogenen Stelle wird theils gar nicht vorausgeſetzt, daß die mehren Sachverſtändigen abweichender Meinung wären, vielmehr iſt das Geſetz zufrieden mit dem übereinſtimmenden Ausſpruche zweier, wenn auch der dritte eine beſtimmte Meinung gar nicht gehabt hätte; theils aber darf man nicht überſehen, daß in dieſem Geſetze nur von einer proviſoriſchen Maßregel, nicht von einer definitiven Entſcheidung die Rede iſt, daß ferner die Begünſtigung, welche dem nasciturus geſetzlich zu Theil wird, mit in Betracht kommt, und endlich, daß das Geſetz doch nur von ſolchen Sachverſtändigen redet, welche lediglich von Amtswegen

---

§. 14 fg. Bayer, a. a. O., S. 826. Dagegen Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, II, 137. Walther, a. a. O., S. 285 fg.

6) L. 21, §. 3, D. de test. (22, 5).

ernannt waren, während doch im gewöhnlichen Proceß den Parteien die Ernennung der Kunstverständigen gebührt. Es charakterisirt sich hiernach diese Gesetzstelle als eine ganz eigenthümliche, welche zu einer allgemeinen Regel nicht erhoben werden kann. — Daß endlich ein Instanzenverhältniß bei Kunstverständigen nicht stattfindet, mithin die Parteien bei bloßer Unzufriedenheit mit dem Gutachten eine wiederholte und eine dritte Zuziehung von Sachverständigen nicht fordern können, das folgt wol schon daher, daß in den deutschen Staaten für alle Arten von Kunstverständigen dergleichen Instanzen mit einem Subordinationsverhältnisse nicht geordnet sind, daß es auch an allen Bestimmungen hinsichtlich der Formen, welche doch für einen solchen Recurs vorgeschrieben sein müßten, fehlt, dies aber nöthig wäre, wenn der Proceß nicht ungebührlich in die Länge gezogen werden sollte. Dazu kommt, daß das Kanonische Recht [7]) die Parteien unbedingt anweist, sich bei dem Gutachten der benannten Kunstverständigen zu beruhigen, und dies der heutigen Beweisfrist so lange vollkommen entspricht, als nicht Fehler bei Behandlung dieser Beweisart vorgefallen sind. Vergebens citirt man dagegen das Römische Recht und beruft sich insbesondere auf L. 76—80 D. pro socio (17, 2), wo von einem arbitrium boni viri in Bezug auf eine unbestimmt eingegangene Societät die Rede ist. Allein dieses Argument paßt um so weniger, als das arbitrium boni viri nur außerhalb des Falles eines Rechtsstreits bei unbestimmten Contracten dann vorkommt, wenn beide Theile darin ausdrücklich eingewilligt haben, weshalb es, selbst abgesehen davon, daß Justinian [8]) ferner nicht gestattet hat, auf das arbitrium boni viri generell zu contrahiren, auf den Proceß keine analoge Anwendung leidet, weil hier die Sachverständigen nur, um den Richter zu überzeugen, zugezogen werden.

II. Aus Alledem ergibt sich aber so viel, daß man nach dem jetzigen gemeinen Rechte die Kunstverständigen nur als ein regelmäßiges Beweismittel und zwar als eine besondere Art der Zeugen, welche in Hinsicht ihres Gebrauchs einige Eigenheiten

---

7) Cap. 9 X. de praescript. (2, 26).

8) L. f. C. de contrah. emt. vendit. (4, 38).

hat, zu betrachten sind, wie denn auch in der Peinlichen Gerichtsordnung, Art. 147, die Sachverständigen Zeugen eigener Art genannt werden. Diese Eigenheiten sind größtentheils aus dem Zwecke herzuleiten, welcher dem Gebrauche der Kunstverständigen zu Grunde liegt, verursachen aber, wenn sie im Verfahren versäumt wurden, keine Nichtigkeiten. Das mit Rücksicht auf diese Eigenheiten in den §§. 219—222 vorgeschlagene Verfahren ist nur als ein für diese Beweisführungsart zweckmäßiges, nicht aber als im gemeinen Rechte geboten zu betrachten, da das gemeine Recht überhaupt keine ins Einzelne gehende Vorschriften darüber enthält.

III. Aus dem Verfahren bei einer Beweisführung durch Kunstverständige bleibt nur noch zu §. 220 zu gedenken: Die Instruction der Kunstverständigen, welche vom Gerichte zu entwerfen sein würde, hat den Zweck, dieselben zu nöthigen, in das Einzelne der Theorie und des einzelnen Falles einzugehen, nicht blos vag sich in allgemeinen Sätzen zu bewegen, sondern den Richter in den Stand zu setzen, nach ihren Principien selbst den einzelnen Fall zu beurtheilen und zu entscheiden. Ferner soll sie es denselben möglich zu machen suchen, sich freier über den Gegenstand des Gutachtens zu äußern, als es durch ein Verhör über Artikel möglich wäre; endlich aber soll sie zu verhüten suchen, daß dieselben in das Gebiet der Jurisprudenz abschweifen und damit dem Richter ins Amt fallen oder direct im einzelnen concreten Fall entscheiden. — Bei weniger verwickelten Fällen kann dieselbe mündlich zu Protokoll ertheilt werden, so bei Schriftenvergleichungen dahin: ob die ganze Urkunde nebst der Unterschrift von derselben oder verschiedenen Händen geschrieben sei, ob die Unterschrift wenigstens mit einer dritten, echten übereinstimme, welche Aehnlichkeiten den Grund zu dieser Annahme abgeben; ferner bei Taxationen, daß diese im Einzelnen zu veranstalten seien, Zeitpunkt und Art des Preises, sowie die Münzsorte anzugeben sei. Allein bei mehr complicirten Geschäften ist dieselbe schriftlich in einem besondern Aufsatze abzufassen und darin anzugeben: zunächst die Streitfrage, zu deren Lösung das Gutachten dienen soll; dann sind die Thatsachen, welche schon aus den Acten und nicht erst aus der Augenscheinseinnahme sich ergeben, auf das Gutachten aber Einfluß haben, den Kunstverständigen zu noti-

ficiren und daran die Instruction selbst, die eigentlichen Befehle des Gerichts, über das einzuhaltende Verfahren zu knüpfen. Zu den letztern gehört die Aufforderung zur Augenscheinseinnahme in Gegenwart des Gerichts, zur genauen Beschreibung des Befundes, zur Aufstellung der Theorie ihrer Kunst, soweit sie hierher gehört, oder allgemeiner Erfahrungssätze; ferner die Bestimmung der concreten Thatsachen, welche zu subsumiren sind; endlich die Anweisung nach dieser Ordnung bei Abfassung des Gutachtens zu verfahren, auch dieses binnen einer zu bestimmenden Frist einzureichen.

§. 223—231.

E. Beweisführung durch Eid; und zwar

a) Den freiwilligen Haupteid.

I. (Zu §. 223.) Im Laufe eines gerichtlichen Rechtsstreits kommen Eide verschiedener Art vor, namentlich aber Neben- und Haupteide, von denen jedoch die erstern nicht zu den Beweisgründen gehören. Die Nebeneide werden entweder bei Cautionsleistungen, oder wo von einer Calumnia die Rede ist, oder endlich als promissorische dann auferlegt, wenn es sich um Vereidigung der Zeugen und Sachverständigen handelt. Die Haupteide[1]) dagegen, welche die Wahrheit oder Unwahrheit eines zur Entscheidung des Rechtsstreits dienlichen Thatumstandes betreffen, werden stets des Beweises wegen von einem der Streittheile selbst, als assertorische Eide, und zwar entweder in Folge einer Vereinigung der Parteien, oder auf Verlangen des Richters, geleistet. Hier ist, da es sich um den Eid als Beweisgrund handelt, nur von dem Haupteide, dem freiwilligen, wie dem vom Richter auferlegten, die Rede, zugleich aber auf die bereits oben (§. 129, II. fg., S. 45) hervorgehobenen Unterschiede beider hinzuweisen.

1) Literatur siehe §. 129, Note 1.

II. (Zu §. 224.) Auf den Gebrauch des freiwilligen[2]) Haupteides hat die Idee eines Vertrags bedeutenden Einfluß, jedoch stets combinirt mit der Ansicht einer Beweisführung. Daher muß rücksichtlich des Deferenten nicht allein die Fähigkeit über das Streitobject, als das Seine, zu disponiren[3]), sondern auch die Pflicht, oder doch, wie bei dem indirecten Gegenbeweise, das Recht der Beweisführung[4]) vorausgesetzt werden. Mandatare müssen deshalb, um den Haupteid gültig antragen zu können, einen speciell darauf gerichteten Auftrag[5]) haben und bezüglich nachweisen. Daß aber auch ein des Meineides bereits Ueberführter[6]) den Haupteid gültig der andern Partei antragen könne, ist unzweifelhaft, weil ihm die Befugniß, über das Seinige zu verfügen, nicht entzogen ist, auch die Beweislast keine Aenderung erleidet, wenn der Beweisführer sich eines Meineides früher schuldig gemacht hat. — In Hinsicht des Producten aber, welchem der Haupteid angetragen wird, des Delaten, ist nach eben jener Ansicht im Allgemeinen vorauszusetzen, daß der Gegner in diesem Rechtsstreit und nicht ein völlig Dritter[7]) es sei, daß er nicht bereits Dasjenige, was er

---

2) Barth, Beiträge zur Lehre vom Haupteide im Civilprocesse (Erlangen 1832). Schmid, Handbuch, II, 328, §. 158. Bayer, Vorlesungen (8. Aufl.), S. 870 fg.

3) L. 9, §. 4; L. 17, §. 1; L. 35, §. 1, D. de jurejur. (12, 2). L. 1, §. 1, D. quar. rerum (44, 5).

4) L. 3, pr. D. de jurejur. L. 25, §. 2, D. de probat. (22, 3). Gönner, Handbuch, II, Abh. 41, §. 7. Gesterding, Ausbeute, VI, Abth. 1, S. 130 fg.

5) L. 17, §. 3; L. 18; L. 34, §. 1, D. de jurejur. L. 7 C. eod. (4, 1). Cap. 4 de procurat. in VI[to] (1, 19).

6) Meister, Praktische Bemerkungen, II, 20 fg. Anderer Meinung Glück, Commentar, XII, 260 fg. Bayer, a. a. O., S. 874, zwar nicht im Principe, aber im Resultate, weil ein solcher Deferent den Calumnieneid nicht leisten könne.

7) Als Ausnahme ist zu betrachten, wenn der Dritte der Auctor des streitigen Rechts ist. L. 1, §. 2, D. quarum rerum (44, 5). Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, XXIII, 379 fg. Schmid, a. a. O., S. 334. Bayer, a. a. O., S. 875. Andere Ausnahmen (Strube, Rechtliche Bedenken, IV, Bed. 34) sind ohne Grund.

beschwören soll, völlig erwiesen [8]) habe, und daß er im Stande sei, Kenntniß von dem in Rede stehenden Thatumstande zu haben. Auch bei ihm muß die Befugniß über den Streitgegenstand, wie über das Seinige verfügen zu können, vorhanden sein, weil ihm die Befugniß der Rückgabe des Eides ebenso zusteht, als in dem Falle eines Ungehorsams eine wahre Verfügung über den Streitgegenstand enthalten ist. Einem Pupillen [9]) kann daher ein Eid nicht deferirt werden, soweit es sich nicht um eigene Handlungen des Vormundes handelt, wo diesem der Eid gültig deferirt wird; denn in allen andern Fällen kann dem Vormunde die Eidesleistung darüber wider seinen Willen [10]) nicht angesonnen werden, so daß diese, bis der Mündel die Volljährigkeit erreicht hat, ausgesetzt bleibt. Gesetzlich verboten ist es aber einer Person, welche eines wahren Meineides sich bereits einmal schuldig [11]) gemacht zu haben völlig überwiesen ist, einen Haupteid zu deferiren.

III. Der Zweck der Delation eines Haupteides als einer Art von Beweisführung kann nur dahin gehen, Wahrheit oder Unwahrheit eines streitigen Thatumstandes [12]) aufzuklären, und, wenngleich im Römischen Rechte sogar Eideszuschiebungen vor-

---

8) Cap. 2 X. de prob. (2, 19). Gönner, Handbuch, II, Abh. 41, §. 7 a. E.

9) L. 26, pr.; L. 34, §. 2, D. de jurejur. Ueber den scheinbaren Widerspruch dieser Stellen: v. Savigny, System, VII, 57, Note b. Can. 15, caus. 22, qu. 5. Glück, Commentar, XII, 274. Bayer, a. a. O., S. 876.

10) L. 9, §. 6; L. 42, §. 2, D. de jurejur. (12, 2).

11) Can. 14, caus. 22, qu. 5 — et qui semel perjuratus fuerit — nec ad sacramentum accedat nec in sua causa vel alterius jurator existat. Gesterding, Ausbeute, II, 424 fg. Anderer Meinung Reinhardt, Handbuch des Processes, II, §. 226, Note 4. Auch in gewisser Weise Bayer, a. a. O., S. 881.

12) L. 3, §. 3; L. 13, §. 3; L. 28, §. 5—7; L. 39 D. de jurejur. (12, 2). Glück, Commentar, I, 496, §. 87. Gensler, Archiv für civil. Praxis, II, 32, 33. v. Savigny, System, VII, 86. Wetzell, System, I, 175. Ueber das Vorhandensein bestimmter Rechtsverhältnisse hält ihn nach L. 9, §. 3, 7; L. 11, pr. §. 1—3; L. 13, §. 1; L. 14 D. loc. cit. unter besondern Umständen des einzelnen Falles zulässig Bayer, a. a. O., S. 884.

kommen, welche Rechtsfragen zu betreffen scheinen, so ist dies theils von außergerichtlichen Eiden zu verstehen, die hier nicht in Frage gekommen, theils hat sich das heutige Verfahren dergestalt geändert, daß kein Gericht einen solchen Eid zulassen könnte, welcher über Rechtsfragen deferirt würde, die dem Gerichte aus der Theorie überhaupt bekannt sein müssen. Aus gleichem Grunde muß der Eid in Bezug auf Thatsachen, damit er seinen Zweck erfülle, nicht etwa dahin gerichtet werden, was die eine oder andere Partei von der Wahrheit der Thatsachen glaubt, was also ihre subjective Ansicht ist — denn das kann dem Richter nicht zur Norm dienen —, sondern der Eid muß auf objective Richtigkeit oder Unrichtigkeit bezogen werden und geradezu dahin gehen, daß die streitige Thatsache geschehen sei oder nicht, bezüglich die bestrittene Qualität vorhanden sei oder nicht. Sofern dies nun geschieht, heißt der Eid ein Wahrheitseid (juramentum veritatis). Einen solchen Eid kann aber, sobald es sich um eine eigene oder doch gemeinschaftliche Thatsache handelt, jede Partei schwören, welche im Stande war, die Thatsache selbst wahrzunehmen, ja wol gar selbst dabei thätig war. Sobald hingegen die streitige Thatsache Demjenigen, welcher den Eid leisten soll, nicht auf diese Weise bekannt sein kann, entsteht die Frage: theils ob er über seine Unkenntniß von der Thatsache zu schwören verbunden sei, allenfalls mit dem Zusatz, daß er allen Fleiß vergebens angewendet habe, sie kennen zu lernen (juramentum ignorantiae); theils ob, wie man wol behauptet, nicht der Fall eintrete, daß vom Gegner auch ein Glaubenseid[13]) (juramentum credulitatis) gefordert werden könne, vermittelst dessen außer der Unkenntniß auch der Mangel an subjectiver Ueberzeugung des Schwörenden in Bezug auf die in Frage stehende Thatsache eidlich erhärtet wird. — Wenn man nun, was die zuletztgedachten beiden Arten des Eides anlangt, das gemeine Recht nachsieht, so findet sich davon keine directe Spur, ausgenommen allein bei den Lehnsverhältnissen[14]). Allein

---

13) v. Savigny, a. a. O., S. 75 fg. Ueber die verschiedenen Ansichten: Schmid, a. a. O., II, 349 fg. Bayer, a. a. O., S. 889 fg.

14) Feud. II, 18. Pätz, Lehnrecht (1. Ausg.), §. 16, Note k; §. 17, Satz II, auch Note m.

in der ältern chursächsischen Proceßordnung von 1622, Tit. 18, §. 5 wird namentlich angeführt, daß vermöge eines alten Landesgebrauchs über alle fremden Handlungen auch ein Glaubenseid erfordert werden könne, und diesen Gebrauch hat man, wenn auch mit der Bemerkung, daß dem gemeinen Rechte nichts davon bekannt sei, vielfach beibehalten. Man macht daher auch in der sächsischen Praxis einen Unterschied zwischen dem Eidesantrag über eigene Handlungen, indem man sagt: „man wolle die Thatsache dem Gegner in das Gewissen stellen", und über fremden Handlungen, indem es hier heißt: diese würden dem Gegner „in seine Wissenschaft und Wohlbewußt gestellt", womit man den Glaubenseid zu bezeichnen pflegt. Bei dem großen Ansehen, welches jene Proceßordnung wenigstens eine Zeitlang im übrigen Deutschland genossen hat, mag es dahin gekommen sein, daß auch die gemeinrechtliche Praxis diese drei Eidesarten unterscheidet und die Parteien selbst zum Glaubenseid verpflichtet, besonders wenn es sich um Handlungen ihres Erblassers oder solcher Personen handelt, für deren Thaten sie haften müssen. Neuere Processualisten [15]) dagegen haben mit Recht den Glaubenseid nach gemeinem Rechte gänzlich verworfen. Denn soll die Eidesdelation den Zweck der Beweisführung erfüllen, so kann natürlich der Glaubenseid gar keine Bedeutung haben, weil er das Gericht über die Wahrheit der streitigen Thatsache, welche ohnehin durch die zwischen den Parteien darüber bestehende Differenz zweifelhaft war, in Ungewißheit läßt. Daher könnte ein solcher Eid höchstens als Gefährdeeid gedacht werden, wie er sich auch in dieser Formel im gemeinen Recht [16]) findet; allein Beweis wird durch einen solchen Eid auf keine Weise geführt, und es braucht sich deshalb keine Partei darauf einzulassen, sollte auch der Gegner einen solchen Eid, der nur vermittelst eines Vergleichs erheblich sein könnte, erfordern. — Dagegen läßt sich allerdings der Eid über die Unkenntniß [17]) einer fremden Handlung

---

15) v. Globig, Theorie, II, 5, S. 118. Grolmann, Theorie, §. 94. Rühl in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, IV, 317 fg.

16) L. 2, §. 2, D. de jurejur. propter calumn. (2, 59). Jüngster Reichsabschied, §. 49.

17) Gensler, Archiv für civil. Praxis, II, 11, Note 5. Schneider,

insofern rechtfertigen, als dadurch bewiesen wird, daß der Gegner des Beweisführers nicht aus Nachlässigkeit oder bösem Willen von diesem über Thatsachen Beweise fordert, rücksichtlich deren Richtigkeit es ihm, obgleich es fremde Handlungen sind, an den nöthigen Notizen nicht fehlt. Denn das führt auf den Vorwurf des Dolus hin, den die Partei von sich entfernen muß, wenn sie nicht zur Strafe desselben der behaupteten Thatumstände für geständig geachtet werden will. Es läßt sich das aber insbesondere auf solche Personen anwenden, welche als Verwalter fremden Vermögens, fremde Verhältnisse zu erforschen, und daher wenigstens die Erfüllung dieser Pflicht eidlich zu versichern haben.

IV. Noch ist in Ansehung der Person Dessen, welchem ein gerichtlicher Haupteid deferirt wird, in dem Falle, wenn dies ein Collegium oder eine Corporation, und ferner, wenn es mehre Streitgenossen sind, zwar nicht die Frage streitig, ob hier der Eid überhaupt deferirt werden könne, wol aber, welche Folgen mit dem Eidesantrag verbunden und wie das Verfahren dabei einzurichten sei. Denn was zunächst die Streitgenossen [18]) betrifft, so müssen diese nach der richtigen Ansicht (§. 34, VI., S. 224 fg.) anders als die Collegien, nicht blos durch einige Repräsentanten den Eid ableisten, auch den Beschluß rücksichtlich ihrer Erklärung auf den angetragenen Eid nicht durch Stimmenmehrheit fassen, sondern, wenn es sich um theilbare Verhältnisse handelt, ihre Erklärung einzeln abgeben und ebenso den angenommenen oder zurückgeschobenen Eid auch ableisten, widrigenfalls jeden Einzelnen zu seinem Antheile der Nachtheil seines Ungehorsams trifft. Processiren dagegen Streitgenossen über untheilbare Rechtsverhältnisse, so kann der Ungehorsam einzelner Mitberechtigter den übrigen Gehorsamen nicht schaden, wie z. B. bei einer Realservitut die ganze Servitut erhalten werden würde, wenn auch nur ein Einziger den in

---

Vom Beweise, §. 345, S. 449, 515—520. v. Savigny, VIII, 74. Bayer, a. a. O., S. 887; vergl. auch Schmid, a. a. O., S. 349 fg.

18) Martin im Magazin für Proceß, I, 235 fg. Seuffert, Archiv für civil. Praxis, III, 211 fg. — Vergl. Schmid, a. a. O., S. 335 fg. Brackenhöft, Erörterungen, S. 294.

Rede stehenden Eid wirklich ableistet. Eben darum ist es aber auch zweifelhaft, wie es mit der Erklärung über dergleichen Eide zu halten sei, sobald die Erklärungen der Einzelnen einander entgegengesetzt ausfallen. Nach Analogie der Gemeinschaft mehrer Mitberechtigter müßte wol auch hier die Regel durchgreifen: „conditio prohibentis melior", d. h. die Erklärung den Vorzug genießen, wodurch eine gemeinschaftliche Befugniß aufrecht erhalten wird. — Wenn dagegen bei Collegien und Corporationen[19]) eine Eidesleistung vorkommt, so muß zunächst über Annahme oder Rückgabe des Eides ein Gemeindebeschluß entscheiden; sobald es dann aber zur Eidesleistung selbst kommt, haben keinesfalls sämmtliche Mitglieder derselben den Eid zu schwören. Hauptgegenstand der Streitfrage ist dann aber, wer und wie viele zu schwören haben. Nach Analogie der Entscheidung eines einzelnen solchen Falles in der Kammergerichtsordnung[20]) muß behauptet werden, daß bei solchen Gemeindeangelegenheiten, welche durch deren Vorsteher besorgt werden, zwei Theile des Raths, also zwei Drittheile der Administratoren, den Eid im Namen der Corporation zu leisten haben, daß es jedoch dem Gegner freisteht, Erinnerungen gegen Einzelne dieser zwei Drittheile der Administratoren alsdann zu machen, wenn andere unter den Vorstehern bessere und genauere Kenntniß von der Sache haben, und daß hierauf das Gericht zu entscheiden hat, welche Mitglieder der Verwaltung im einzelnen Fall den Eid zu leisten verbunden sind. Bei Gegenständen hingegen, welche nicht durch die dermalige Administration besorgt sind, wird sich schwerlich behaupten lassen, daß der Eid durch eine gleiche Anzahl von Administratoren zu leisten, wol aber, daß eine gleiche Zahl von Personen aus der Mitte der Commun zu wählen[21]) sei, welche jene zwei Drittheile der Verwaltung

19) Linde im Archiv für civil. Praxis, X, 10 fg. v. Bülow u. Hagemann, Erörterungen, II, Erört. 13; V, Erört. 41ª. Schmid, a. a. O., S. 336. Bayer, a. a. O., S. 877 fg.

20) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 10, §. 1. Emminghaus, Corp. jur. Germ., I, 463, n. *.

21) v. Bülow u. Hagemann, Erörterungen, III, 141. Glück, Commentar, XII, §. 795, S. 222. Huß, Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß,

ausmachen würden, daß die Wahl dieser Personen der Gemeinde freistehe, der Gegner auch über diese mit seinen Einwendungen zu hören sei. Mehr ist hierüber im gemeinen Rechte nicht zu finden, es entstehen daher besonders dann Schwierigkeiten, wenn von den erwählten Administratoren oder Gemeindegliedern einige den Eid zu leisten sich weigern, andere dagegen dazu bereit sind.

V. In Ansehung des Gegenstandes, worüber der Eid deferirt werden kann, ist es, wenn auch bloße Thatsachen dabei in Frage kommen, doch streitig, ob über folgende Gattungen der Objecte die Eidesdelation statthaft ist. 1) Ob Jemandem über ein Verbrechen[22]), dessen er sich soll schuldig gemacht haben, der Eid deferirt werden kann, ohne zuvor die Wahrscheinlichkeit der Begehung dargethan zu haben? Denn man will die bestimmten Vorschriften des Römischen Rechts, die in Ansehung der Diebstähle und dergleichen vorhanden sind, darum heutigentags nicht mehr gelten lassen, weil diese Delicte nicht mehr Privatverbrechen, sondern öffentliche sind, und weil man dagegen anführt, daß bei diesen ein Reinigungseid ohne die Wahrscheinlichkeit der Begehung des Verbrechens nicht stattfinde, — daß endlich die Gefahr eines Meineides hier desto größer sei, weil bei verweigertem Eide dem Producten die Criminaluntersuchung bevorsteht, sollte er auch in der Civilsache ab instantia absolvirt sein. Allein man hat hierbei übersehen, daß die Criminal- und Civilsachen völlig von einander getrennt sind; daß ferner der deferirte Eid kein Reinigungseid ist, sondern blos über das Privatinteresse entscheiden soll, und daß endlich aus dem Resultate des Civilprocesses allein kein genügender Anlaß entsteht, weder eine Criminaluntersuchung anzufangen, noch die vorläufig suspendirte zu erneuern. — 2) Bei der Legitimation zur

---

XV, 147 fg.; XVIII, Nr. 8. Dem Deferenten geben die Wahl: v. Linde, Archiv für civil. Praxis, X, 1 fg.; XIII, 181 fg. Derselbe in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, XV, 160 fg. Deurer im Archiv für civil. Praxis, XXV, 208 fg. Schmid, a. a. O., S. 339 fg. Bayer, a. a. O., S. 379.

22) L. 6, §. 4, D. de his, qui notant. infam. (3, 2). L. 13, §. 2; L. 28, §. 6, D. de jurejur. (12, 2). L. 52 (53), §. 27, D. de furt. (47, 2). Glück, Commentar, XIV, 265 fg., §. 799. v. Bülow u. Hagemann, Erörterungen, II, Erört. 52; III, Erört. 29.

Sache[23]) wird der Eidesantrag sehr häufig selbst darum für unzulässig (§. 36, III., S. 236) erachtet, theils weil eine bloße Bescheinigung, Demonstration, hierüber nur erfordert, dazu aber der Eid nicht benutzt werden könne, theils weil der Gegner von der Legitimation des Deferenten nicht unterrichtet sein könne und wenigstens nach gemeinem Rechte hierüber kein Eid stattfinde. Das Letztere aber ist keineswegs in allen Fällen richtig, da z. B. die Cession einer Forderung vom Cedenten dem debitor cessus kann notificirt worden sein; das Erstere aber ist gemeinrechtlich in aller Beziehung unwahr, da die Sachlegitimation vollständig bewiesen werden muß, und auch zu Bescheinigungen der Eid recht wohl gebraucht werden kann. — 3) Ob in Ehesachen eine Eidesdelation in dem Falle zulässig sei, wenn dadurch die Scheidung einer unstreitig gültig geschlossenen Ehe herbeigeführt werden würde, ist allerdings zweifelhaft. Die ältere Praxis hat einen solchen Eid deshalb verworfen, weil ein Vergleich gegen eine gültige Ehe nicht stattfinden könne. Nach dem Kanonischen Rechte konnte diese Frage überhaupt nicht vorkommen, weil nach diesem gültige Ehen nie völlig geschieden werden, sondern höchstens eine Trennung von Tisch und Bett stattfindet; bei den Protestanten hingegen kommt ein solcher Fall öfters in Frage. Man unterstützt daher die behauptete Unzulässigkeit des Eides meistentheils mit dem Grunde, daß bloße Geständnisse ohne irgend ein unterstützendes Moment die Trennung einer gültigen Ehe nicht begründen könnten; hat dabei aber vergessen, daß die Heiligkeit des Eides ein solcher unterstützender Moment ist, und daß daher die Eidesdelation, wenn nicht ein besonderer Verdacht der Collusion vorhanden ist, in Ermangelung entgegenstehender gesetzlicher Bestimmungen den Parteien nicht abgeschnitten werden kann[24]).

---

23) Vergl. die oben §. 36, Note 9 Citirten. Schmid, Handbuch, I, 185 fg.

24) Meister, Praktische Bemerkungen, II, Abh. 1. Glück, a. a. O., S. 270 fg. Gensler, Archiv für civil. Praxis, II, 36 fg. Thon, Rechtsfälle, I, 60 fg. Uihlein im angeführten Archiv, XII, 15 fg.; in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, IX, 28. Anderer Meinung: Grolmann, Theorie, §. 91. Hassenpflug in Elvers' Themis, I, 315.

VI. Auch das Verfahren[25]) beim Gebrauche des freiwilligen Haupteides erklärt sich großentheils aus dem ursprünglichen Gesichtspunkte eines Vergleichs als einer Art von Vertrag. Denn wie ein solcher ohne gegenseitige Erklärung der Parteien nicht zu Stande kommen kann, und mit dem Anerbieten des Vergleichs, den Streit auf diese Weise zu beseitigen, der Anfang gemacht werden muß, so geht ein gleiches Anerbieten von dem Beweisführer aus, und es muß, wenn der Vergleich zu Stande kommen soll, entweder eine Annahme des Anerbietens erfolgen, oder die Umkehrung des Verhältnisses, welche vermittelst der Rückgabe des Eides geschieht. Das Gericht ist hierbei, weil die Erklärungen, indem sie einen Theil der Beweisinstanz bilden, sämmtlich gerichtlich geschehen müssen, nur der Vermittler. Es bestimmt hierzu entweder, wie namentlich in Sachsen, eine Gerichtssitzung, in welcher vom Mund in die Feder die Erklärungen erfolgen, oder es theilt die schriftlich geschehenen Erklärungen vermittelst der Zwischendecrete den Parteien mit, theils um eine bestimmte Zeit für die Antwort festzusetzen, theils um über die Zweifel zu entscheiden, welche hinsichtlich der Zulässigkeit des Eides nach gemeinem Proceßrecht erhoben werden möchten. Ist dann aber der Vergleich zu Stande gekommen, so sorgt das Gericht für dessen Erfüllung, indem es zur wirklichen Ableistung des Eides einen Schwörungstermin ansetzt und die Parteien hierzu vorladet.

VII. Bei dem Beweisverfahren mittelst Eidesantrags hat man im Ganzen genommen zwei Hauptfälle zu unterscheiden: entweder wird 1) die Eideszuschiebung im ersten Verfahren vorgenommen, oder 2) sie erfolgt erst im Beweisverfahren. Ist das Erstere der Fall, und erfolgt die Eideszuschiebung über die Klage oder über alle Einreden, so kann der Vergleich noch während der ersten Verhandlung zu Stande kommen, so daß das erste Urtheil unter der Bedingung des abzuleistenden Eides alsbald definitiv abgefaßt ist. — In Sachsen ist

---

Schmid, Handbuch, II, 344 fg., §. 161. Bayer, a. a. O., S. 882 fg., mit Einschränkungen.

25) Schmid, a. a. O., §. 164 fg., S. 359 fg. Bayer, a. a. O., §. 266 fg., S. 892 fg.

dies um so häufiger, weil dort die Eideszuschiebung in der Klagschrift oder im Exceptionssatze geschehen muß. Sollte aber in einem solchen Fall die Zulässigkeit des Eides von den Parteien bestritten worden sein, so wird im ersten Urtheile gleich das Productionserkenntniß gefällt und die Partei, welcher der Eid angetragen ist, angewiesen, wenn sie sich nicht bereits eventuell über Annahme oder Rückgabe des Eides erklärt hat, dies binnen einer bestimmten Frist zu thun, ohne anderer Beweismittel zu gedenken. Denn man betrachtet in Sachsen eine solche Eidesdelation im ersten Verfahren nicht als anticipirten Beweis, von dem man zurücktreten könnte, sondern als ein unwiderruflich und ausschließlich gewähltes Beweismittel. — Anders ist dies außerhalb Sachsen, wo man selbst in diesem Falle die Eidesdelation nur für anticipirt hält und daher allgemein auf Beweis erkennt, unter anderm mit Vorbehalt der Eideszuschiebung. Hieran schließt sich der zweite Fall, wo erst im Beweisverfahren die Eideszuschiebung vorkommt, was am häufigsten dann der Fall ist, wenn in Sachsen nur ein Theil der Klage, oder unbestimmt dasjenige aus derselben durch Eid dargethan werden soll, was der Kläger auf andere Weise nicht darzuthun vermöchte. Dieser auch außerhalb Sachsen gewöhnliche Fall setzt dann eine gehörige Beweisantretung durch Eidesantrag voraus, bei welcher die Beweisfrist zu beobachten ist, Beweisartikel aber nicht nothwendig gebraucht werden müssen. Hierauf erfolgt dann in Sachsen die Ansetzung eines Productionstermins, und außerhalb Sachsen Zwischendecrete, welche dahin zielen, den Vergleich zu Stande zu bringen.

VIII. Bei dieser Leitung der Verhandlungen zeigt sich nun aber die Natur des freiwilligen Haupteides als eines Beweismittels in folgenden Haupteigenthümlichkeiten: 1) durch die Pflicht Desjenigen, dem ein solcher Eid deferirt wird, sich darauf einzulassen, wenn er nicht die Unzulässigkeit des Eides darzuthun vermag. Eine Folge dieser Pflicht ist es, daß nach dreimaligen Aufforderungen die versäumte Erklärung über den Eid die Strafe des fingirten Geständnisses nach sich zieht: daß man zu schwören nicht im Stande sei (poena recusati juramenti)[26]. — 2) Da-

26) L. 34, §. 6, 9; L. 38 D. de jurejur. (12, 2).

mit jedoch auf diese Weise Niemand durch Eideszuschiebung chicanirt werden könne, ist Derjenige, welcher ihn zuschiebt, schon als solcher verbunden, einen Gefährdeeid zu schwören [27]), welchen ihm das Gericht gegen den Willen Desjenigen, dem er den Haupteid angetragen hat, nicht erlassen kann. — 3) Derjenige, dem der Eid angetragen wird, kann auch durch ein Geständniß der bestrittenen Thatsache allen weitern Verhandlungen entgehen. Deshalb hat man, besonders in Sachsen, eine nochmalige specielle Litiscontestation über die Beweisartikel, welche auf den Eid gestellt sind, für nöthig erachtet, um eine leichtsinnige Erklärung über den Eid selbst zu verhüten; nach gemeinem Rechte ist dies jedoch nicht vorgeschrieben. Wird indessen ein solches Geständniß nicht abgelegt, dann hat der Delat in der Regel freie Wahl zwischen der Annahme neben der Forderung des Gefährdeeides, oder der Rückgabe des Eides, oder endlich zufolge einer Folgerung aus Bestimmungen des Kanonischen Rechts auch die Wahl einer Gewissensvertretung [28]), d. h. des Versuchs, durch andere Beweismittel als den Eid, diejenige Thatsache darzuthun, welche der Delat zu beschwören haben würde. Das gemeine Recht bestimmt übrigens hierüber nichts ausdrücklich, es ist daher dieser Versuch auch nach dem Gerichtsbrauche nur als eine bloße Suspension der Einlassung auf den Eid zu betrachten. — 4) Durch Annahme eines deferirten Eides soll aber die Reue des Deferenten, bis das durch den Eid bedingte Enderkenntniß, in welchem zugleich die Folgen der Ableistung, beziehungsweise Nichtableistung des Eides angegeben sind, in Rechtskraft

---

27) L. 34, §. 4, D. eod. L. 9 C. de reb. credit. (4, 1). L. 7, §. 3, D. de obsequ. (37, 15). Glück, Commentar, XII, §. 807—810.

28) Arg. Cap. 2 X. de prob. (2, 19). Gesterding, Ausbeute, VI, 122 fg., Abth. 1. Gönner, Handbuch, II, 493, Abh. 48. Glück, a. a. O., §. 804. Linde, Abhandlungen, I, 75, und Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XI, 124 fg. Schmid, Handbuch, II, 366 fg., §. 167. Bayer, Vorlesungen über den Civilproceß (8. Aufl.), S. 896 fg. — Das was Quinctilian, Institut. orat., V, 6, sagt, ist wol nicht mit Malblanc, De jurejur., §. 58, von der Gewissensvertretung, sondern von dem indirecten Gegenbeweise zu verstehen, und deshalb nicht anzunehmen, daß den Römern jenes Institut bekannt gewesen sei. Vergl. v. Savigny, System, VII, 88. Wetzell, System, I, 177.

übergegangen ist, nicht ausgeschlossen werden. Im Römischen Rechte [29]) ist dies ausdrücklich vorgeschrieben, auch um so natürlicher, weil dieses keine Beweisfrist kennt. Ob dem Delaten eine gleiche Befugniß der Reue gestattet sei, darüber schweigt das Römische Recht; man muß es aber wol annehmen wegen der Gleichheit der Rechte beider Parteien, und weil hier kein Ablauf der Beweisfrist entgegensteht. Heutzutage kann man die Geltung dieser Bestimmung nur dann annehmen, wenn weder das Gericht noch die Landesgesetze eine Beweisfrist bestimmt haben. Ist diese dagegen bestimmt, so hindert sie die Aenderung der gewählten Beweisart und schließt jede Substitution anderer Beweismittel aus, wenn es nicht neu aufgefundene sind, oder der Vorbehalt anderer Beweismittel ausdrücklich zugelassen worden ist. — 5) Endlich ist aus dem Gesichtspunkte der Beweisführung noch ein besonderes Recht des Gerichts, die Worte der Eidesformel zu reguliren [30]), abzuleiten. Denn es darf zwar der Richter nicht mehre oder andere Thatsachen, als welche die Parteien dazu ausgewählt haben, in die Eidesnotul aufnehmen; allein theils steht es ihm frei, alle irrelevanten Thatsachen auch gegen den Willen der Parteien herauszustreichen, theils hat der Richter auch die Wortfassung so deutlich einzurichten, daß Misverständnisse und sogenannte Mentalreservationen verhütet werden, weil ihm dies nach den Bestimmungen des Kanonischen Rechts zur Pflicht gemacht worden ist. — Die Römer kannten gesetzlich vorgeschriebene Eidesworte [31]), wie sie in den Reichsgesetzen nunmehr festgesetzt sind, ebenso wenig, wie die Pflicht

---

29) L. 11 C. de reb. credit. (4, 1); vergl. mit L. 11 C. de sent. (7, 45). Gönner, a. a. O., II, Abh. 39, §. 4. v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, III, Erört. 69. Glück, a. a. O., S. 301. Lotz im Archiv für civil. Praxis, I, 280 fg. Bayer, a. a. O., S. 903.

30) L. 34, §. 5, 8, D. de jurejur. (12, 2). Arg. §. 50 des Jüngsten Reichsabschiedes. Gönner, a. a. O., II, Abh. 49.

31) Glück, a. a. O., S. 185 fg. Cap. 4 i. f. X. de jurejur. (2, 24). Passauer Vertrag von 1552, §. 10. Reichsabschied von 1555, §. 107. Schmid, a. a. O., S. 375 fg. — Ueber Judeneide siehe Literatur bei v. Linde, Lehrbuch, §. 310, Note 7; im Uebrigen Schmid, a. a. O., Note 18.

des Richters, Meineid und Misbrauch des Eides möglichst zu verhüten.

IX. Wenn dem Delaten auch die Wahl, ob er den angetragenen Hauptеid annehmen, zurückgeben oder sein Gewissen mit Beweis vertreten will, in der Regel frei steht, so ist dies doch dann nicht der Fall, wenn der Deferent von dem Thatumstande, über welchen der Eid angetragen ist, nichts wissen kann, weil es eigene Handlungen des Delaten sind, oder wenn er mit einer actio famosa belangt wurde [32]). Ebenso verzichtet der Delat auf die Befugniß, von dem Gegner einen Eid gegen Gefährde zu fordern, sobald er den angetragenen Haupteid ohne diesen Vorbehalt annimmt. Der Richter dagegen kann diesen Eid gegen den Willen des Delaten nicht erlassen. Im Uebrigen ist nur noch zu erwähnen, daß die Eidesleistungen zwar regelmäßig an Gerichtsstelle [33]) geschehen sollen, jedoch hiervon, wenn genügende Gründe angegeben werden, eine Ausnahme gemacht, und der Partei gestattet wird, den Eid vor einer Gerichtsdeputation in ihrer Wohnung unter Zuziehung des Gegners abzulegen. Ja nach Römischem Rechte [34]) war es Frauen vornehmern Standes sogar gestattet, einen solchen Eid ohne Zuziehung des Gegners in ihrer Wohnung vor einer Gerichtsdeputation abzuleisten. — Auch kann eine auswärtige Partei, welche den Proceß durch einen Procurator hatte führen lassen, darauf antragen, daß sie den Eid an ihrem Wohnorte leiste [35]). Die in allen diesen Fällen entstehenden höhern Kosten hat der Eidesleistende zu tragen.

X. In Bezug auf die Eidesleistung selbst ist besonders

---

32) L. 11, §. 3, 12, 13, D. rerum amot. (25, 2). Cap. 36, pr. X. de jurejur. (2, 24). Glück, a. a. O., S. 319 fg. Schmid, Handbuch, II, 363 fg. Bayer, a. a. O., S. 893 fg. Derselbe ist rücksichtlich des ersten Falles anderer Ansicht.— Hierher gehört auch noch der Fall, wenn der Deferent erwiesenermaßen einen Meineid früher geleistet hat. Can. 5, caus. 22, qu. 5.

33) L. 12, §. 4, C. de reb. cred. (4, 1). Die Ausnahmen enthält Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 10, §. 1, „es wäre denn".

34) Nov. 124, cap. 1. L. 2, §. 1, C. de jurejur. propt. cal. (2, 59).

35) L. 12, §. 4, C. de reb. cred. (4, 1).

noch der Fall zu berücksichtigen, wo die Partei, welcher die Eidesleistung oblag, vor der Ableistung desselben mit Tode abgegangen ist. Viele Juristen behaupten nämlich, daß, wenn diejenige Partei, welche einen freiwilligen oder nothwendigen Haupteid im Beweisverfahren zu schwören hatte, vor der wirklichen Ableistung des Eides mit Tode abging, der Eid dann für geleistet zu achten sei, wenn der Verstorbene sich ausdrücklich und zwar nicht blos durch seinen Bevollmächtigten zur Ableistung des Eides bereit erklärt hat, der Verstorbene ein persönlich glaubwürdiger und unbescholtener Mann war, eine ungerechtfertigte Verzögerung des Gegners aber die wirkliche Ableistung des Eides verhindert hat[36]). Man versteht diese namentlich auch von dem Falle, wenn sich der Gegner Rechtsmittel gegen den Eid bedient, dadurch aber ein abänderndes Erkenntniß nicht erlangt hat. Allein diese Behauptung ist ohne vernünftige Gründe und ohne eine gesetzliche Grundlage. Man will sich zwar auf L 39 D. de reg. jur. [37]) beziehen, allein diese ist nur von Contractsverhältnissen zu verstehen, wo ein eigenes Contumacialverfahren, welches bei der Beweisführung durch Eid angeordnet ist, nicht existirt, und selbst für jene Verhältnisse ist die Lex zu allgemein, um wahr sein zu können; denn befreit z. B. eine mora accipiendi von aller Zahlungspflicht, wenn nicht das Geld deponirt oder gestohlen ist? Keineswegs. — Von Alledem ist also im gemeinen Rechte nichts enthalten; dagegen hat die L. 12, pr. C. de reb. cred. (4, 1) [38]) ein eigenthümliches Mittel angegeben, dessen man sich bedienen soll, um bei Verzögerung der Eidesabnahme nicht durch Zufall in Schaden zu kommen, es soll in

---

36) v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, III, 138 fg. Schneider, Lehre vom Beweise, §. 68. — Gönner, Handbuch, II, 312. Glück, Commentar, XII, 314 fg.

37) L. 39 D. de reg. jur. In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae fit quominus fiat.

38) L. 12, pr. C. de reb. cred. (4, 1) — Cum enim jam increbuit judices in plenissima definitione sacramentum imponere, evenit, ut provocatione, lite suspensa, hi quidem, qui jusjurandum praestare jussi sunt, ab hac forte luce subtrahantur, probationes autem rerum cadant — — Omne igitur juramentum — — sub ipso judice detur non exspectata vel ultima definitione vel provocationis formidine.

gewisser Weise eine Eidesleistung zum ewigen Gedächtniß stattfinden. Mag nun auch dieses Mittel in der Praxis seltener angewendet werden, als eigentlich geschehen sollte, so kann doch die Partei, welche sich dessen nicht bedient hat, keine Entschuldigung genießen, und noch weniger dem Gegner eine ungebührliche Verzögerung zur Last legen, wenn er sich der erlaubten Rechtsmittel bedient hat. Allerdings muß sich durch dergleichen Todesfälle die Lage des Processes wesentlich ändern, da theils die Erfüllung des Transacts nun hinwegfällt, dessen Analogie doch wenigstens im deferirten Eide liegt, theils die Beweisführung unvollendet geblieben ist, die jeder gerichtliche Eid enthalten muß. Deshalb ist wol als die richtigere Meinung [39]) anzusehen, daß der Partei, welcher die Beweislast obgelegen, bei so veränderten Umständen anderer Beweismittel sich zu bedienen, nachgelassen werden müsse, welche sie, abgesehen von diesem Zufalle, wegen des Ablaufs der Beweisfrist nicht mehr würde haben gebrauchen können.

§. 232.

b) Von Eiden, welche der Richter auferlegt.

Von den nothwendigen oder richterlich aufzuerlegenden Eiden, welche kein Beweisführungsmittel sind, ist bereits oben (§. 129, VIII.) gehandelt und weiter nachgewiesen worden, daß ein besonderer Erfüllungseid zur Feststellung der Größe der Schuld (juramentum suppletorium quantitatis) ohne allen Beweis dieser Größe nicht existire (§. 189—192, VI.); es bleibt daher nur noch übrig, über den Schätzungseid (juramentum in litem) [1]) Einiges hinzuzufügen. Der Schätzungseid ist nur eine Rechtsbegünstigung der obsiegenden Partei, nicht aber eine Pflicht der-

---

39) Glück, a. a. O., S. 316 fg. Gönner, a. a. O., §. 6. Lindeloff im Archiv für civil. Praxis, IV, 427—429. Anderer Meinung: Bayer, a. a. O., S. 909, und zum Theil: Schmid, a. a. O., S. 384—386.

1) Vergl. die §. 129, Note 23 Genannten. Schmid, Handbuch, II, 389 fg., §. 170.

selben, und bildet eine besondere Ausnahme von den allgemeinen Proceßprincipien. Denn ohne allen Beweis wird dieser Eid nach Römischem Rechte[2]) der im Allgemeinen obsiegenden Partei, zur Strafe der Bosheit oder der größten Schuld des Besiegten, gestattet, um den Schaden festzustellen, welcher ihr durch das Verhalten des Besiegten zugefügt worden, dessen sonstiger Beweis ihr aber eben dadurch unmöglich oder doch erheblich erschwert worden ist. Bei nur geringer Schuld (levis culpa) des Besiegten kommt derselbe nicht vor. Zenonianum juramentum[3]) heißt er aber dann, wenn Derjenige, welcher erwiesen hat, durch vis ablativa oder expulsiva vom Gegner beschädigt worden zu sein, den Betrag des dadurch erlittenen Schadens, falls er diesen Beweis auf andere Weise nicht zu führen vermag, erhärtet. Die Bestimmung der Höhe des Schadens geschieht von der siegenden Partei willkürlich, nicht blos nach dem positiven Werthe des Objects selbst, sondern auch nach Alledem, was der Sieger dabei individuell entbehrt, nach dem Affectionswerthe[4]); doch muß man sich hüten, deshalb zwei verschiedene Arten des Eides anzunehmen. Dem Richter dagegen steht die Befugniß zu, die beschworene Höhe des Schadens nach seinem Ermessen zu moderiren[5]),

---

2) L. 1, 2, 10 D. de in lit. jur. (12, 3). L. 3, §. 2, D. ad exhibend. (10, 4). L. 4, §. 4, D. eod. L. 2 C. de in litem jur. (5, 53). L. 68 D. de rei vind. (6, 1). L. 3 C. de reb. cred. (4, 1). Vergl. Weber, Von der natürlichen Verbindlichkeit, S. 186 fg. (3. Aufl.), 345 (1. Aufl.). Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 57, 135. — Im Römischen Rechte kommt dann noch ein juramentum expensarum vor, dessen sich Derjenige, dem die Proceßkosten erstattet werden sollen, bedient, um festzustellen, daß er nicht weniger Kosten aufgewendet habe, als er specificirt, L. 13, §. 6, C. de judic. (3, 1). Auch die Reichsgesetze gedenken desselben: Kammergerichtsordnung von 1538, Tit. 8—10; von 1555, Th. 1, Tit. 66—68; allein in der Praxis ist er nie üblich gewesen, wol deshalb, weil in allen Territorien für die Gerichtskosten wie für die Advocatengebühren bestimmte Taxen gesetzlich vorgeschrieben waren.

3) L. 9 C. unde vi (8, 4). Cap. 7 X. de his, quae vi (1, 40). Bayer, a. a. O., S. 919. v. Savigny, Besitz, §. 40, S. 539 (6. Aufl.).

4) L. 4, §. 2, 3, D. de in lit. jur. (12, 3).

5) L. 5, §. 1, 2, D. eod. L. 18 D. de dolo (4, 3). Schröter in seiner Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, VII, 395—404.

wozu ihm die Erinnerungen des Gegners die Grundlage abgeben. Gegen die Erben des Besiegten findet der Eid nur dann statt, wenn der Erblasser bereits litem contestirt hat [6]).

§. 233.

B. Künstlicher Beweis, durch Schlußfolgerungen.

Die bisher einzeln betrachteten Arten der Beweisführung durch Zeugen, Urkunden, Augenschein, Sachverständige und Eid wurden lediglich unter den Gesichtspunkt eines natürlichen Beweises gestellt, d. h. dabei angenommen, daß durch sie die streitige Thatsache selbst direct und unmittelbar dargethan werden solle. Man kann sich aber der nämlichen Beweismittel auch zum Zwecke einer künstlichen Beweisführung bedienen, dergestalt, daß ganz andere Thatsachen als solche, welche das Beweisthema im vorliegenden Falle bilden, durch jene Beweismittel dargethan werden sollen, um von diesen eine richterliche Schlußfolgerung auf das Beweisthema zu begründen. — Bei Führung eines solchen künstlichen Beweises ändert sich zwar die Art und Weise, die Form des Gebrauchs jener Beweismittel nicht, wol aber der Inhalt der Beweisführung; und da fremdartige Thatsachen in einem Rechtsstreite nicht zuzulassen sind, so ist vor allen Dingen die Relevanz (Concludenz) der offerirten künstlichen Beweisführung vom Producenten zu entwickeln, mithin zu zeigen, das Gericht sei im einzelnen Falle im Stande, also befugt, aus solchen andern Thatsachen einen gültigen Schluß auf die streitigen zu ziehen. — Die Frage, in wieweit dies möglich sei, ist ein Object reiner Reflexion des Richters, welcher die Schlüssigkeit auch unaufgefordert nach den Regeln der Logik zu prüfen verbunden ist, wenn nicht ausdrückliche Gesetze etwas deshalb vorgeschrieben haben. Wenn nun die Irrelevanz der offerirten künstlichen Beweisführung wenigstens zweifelhaft, also nicht ausgemacht ist, so wird dieselbe zu weiterm Verfahren zu-

---

6) L. 4 C. de in lit. jur. (5, 53). Thibaut, Pandekten-System, §. 1160.

gelassen. Dieses bezweckt zunächst den Nachweis der Prämissen, d. h. den Beweis derjenigen Thatsachen, die den Grund für den Schluß abgeben sollen. Nach richtigen Grundsätzen wird dann vor weitern Schritten des Beweisverfahrens eine Litiscontestation über die jetzt erst zu den Acten kommenden andern Thatsachen, über die Prämissen, sowie über die Echtheit der zu deren Beweis gebrauchten Urkunden erfordert. Fällt diese aber verneinend aus, dann geht das Verfahren ohne alle Eigenheit von Statten. In dem nach beendigtem Productionsabschnitte folgenden Hauptverfahren ist es Sache des Producenten, die Beschaffenheit seiner Schlußfolgerungen zu entwickeln, wobei dann deren Gattungen (§. 131, IV. fg., S. 59 fg.) wohl zu unterscheiden sind, theils um den Vortrag danach zu ordnen, theils um den Werth der einzelnen Schlüsse danach um so sicherer zu bestimmen.

Dritte Hauptabtheilung.

Von der Rechtsverfolgung selbst.

Zweiter Abschnitt.

Insbesondere von dem Verfahren außer dem förmlichen Concurse.

Erste Unterabtheilung.

Einzelne Handlungen des vorbereitenden Proceßtheils.

Drittes Hauptstück.

Von den summarischen Processen.

§. 236.

A. Allgemeine Grundsätze.

1) Unterschiede der summarischen von dem ordentlichen Processe.

I. Auch die besten Einrichtungen haben gewöhnlich eine Schattenseite; so auch die Vorschriften, welche weise Gesetzgeber für die Art und Weise der gerichtlichen Rechtsverfolgung zu desto vollständigerer Ueberführung des Schuldigen, zu sichererer Ueberzeugung des Richters mit ängstlicher Sorgfalt gegeben haben. Sichern sie gleich den Unschuldigen gegen Ueberlistungen seines Gegners, gegen Uebereilungen des Richters und gegen unbillige Härte im Ahnden eines Verzugs u. dgl. m.: so dienen sie doch auch der Chicane zum Schlupfwinkel, um eine ungerechte

Sache desto länger und hartnäckiger zu vertheidigen, oder wol gar zum Mittel, dem nicht vorsichtigen Gegner einen gerechten Sieg zu entreißen oder wenigstens wirkungslos zu machen. Sehr bald fühlten daher auch die Gesetzgebungen das Nachtheilige der gewöhnlichen und bei richtigem Gebrauche heilsamen Weitläufigkeiten des Proceßverfahrens besonders bei denjenigen Sachen, welche wegen des aus der Verzögerung für sie entstehenden Nachtheils oder wegen der sogleich für die Richtigkeit der klagbar gemachten Forderungen beigebrachten Beweise eine Beschleunigung zu verdienen schienen. Man lernte daher die wesentlichen Handlungen des Processes, ohne welche der Zweck eines solchen nicht zu erreichen steht, von den nicht wesentlichen, den Formalitäten (§. 13 und 14, S. 115), zu unterscheiden, welche zur vollständigen Ueberführung des Schuldigen und um Uebereilungen des Richters zu verhüten, zwar positiv vorgeschrieben, an sich aber nie nothwendig sind. In der Regel sollen diese, als positive Normen, zwar ebenso wenig als jene versäumt werden; allein die Gesetze fingen an, unter gewissen Umständen Ausnahmen von jener Regel zu statuiren. Der regelmäßige Gang des Verfahrens, wo beide Arten gebührende Berücksichtigung fanden, bildete den ordentlichen Proceß, die Ausnahmen aber, wo die Formalitäten hintenangesetzt wurden, den summarischen Proceß [1]).

II. Die Quelle dieses von dem regelmäßigen Gange der gerichtlichen Verhandlung eines Civilprocesses abweichenden Verfahrens ist aber theils in einer gültigen **Vereinigung** der Interessenten, theils in **gesetzlichen** ausdrücklichen Vorschriften zu suchen. — Was nun die erstere betrifft, so kann die Vereinigung der Parteien, wie wir bereits oben (§. 11, II., S. 88; §. 139, S. 109; §. 140, S. 110) sahen, nicht soweit gehen, eine positive Art der Behandlung des einzelnen Falles, welche den für das einzelne Gericht geltenden Proceßgesetzen unbekannt

---

1) Außer den im **Compendium** angeführten Schriftstellern: **Schmid**, Handbuch, III, 1 fg., §. 174 fg.; über die geschichtliche Entwickelung noch v. **Bethmann-Hollweg**, Handbuch, I, 380 fg. **Mühlenbruch**, Entwurf, §. 427. **Briegleb**, Summatim cognoscere quid et quale fuerit apud Romanos (1843).

ist, demselben vorzuschreiben. Wol aber erscheint eine solche Vereinigung insofern vollkommen zulässig, als die Parteien in Streitigkeiten, worüber sie frei disponiren können — also nicht in Ehesachen —, auf solche Proceßschritte verzichten, welche lediglich zu ihrem Besten eingeführt sind und deren Mangel für das Gericht kein Hinderniß abgibt, ein gerichtliches Verfahren unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften einzuleiten. So können sich z. B. beide Theile vereinigen, einen gemeinschaftlich aufgesetzten status controversiae dem Gericht zur sofortigen Entscheidung vorzulegen, ohne daß Klage, Einredeschrift u. dgl. mehr übergeben werden; nur ist es nothwendig, daß beide Parteien vor Gericht zu Protokoll die Richtigkeit des vorgelegten status controversiae anerkennen, und dieser Alles enthält, was nothwendig ist, um daraufhin einen Vor- oder Endbescheid abfassen zu können. — Es gehört hierher sogar der Fall, wo die Parteien bei Eingehung eines Vertrags zum Voraus auf alles rechtliche Gehör und selbst auf ein verurtheilendes Erkenntniß verzichten, indem sich vielmehr derjenige Contrahent, welcher mit der Erfüllung einer Leistung zurückbliebe, sofortiger Execution unterwirft, die dann alsbald in vorgeschriebener Weise so zu vollstrecken ist, daß auf Antrag der andern Partei dem Säumigen die Erfüllung seiner Pflicht unter Androhung wirklicher Hülfsvollstreckung aufgegeben, bei Erfolglosigkeit aber auch dieser Auflage mit der eigentlichen Hülfsvollstreckung verfahren wird [2]) (§. 268). — Ueber die einzelnen Fälle derartiger Vereinigungen der Parteien haben die Gesetze sich nicht besonders verbreitet, vielmehr müssen darauf die allgemeinen Grundsätze von Verzichtleistungen angewendet werden, wie dies auch in den deutschen Reichsgesetzen [3]) dadurch anerkannt ist, daß man den Clauseln der Contrahenten: „mit oder ohne Recht", einen bedeutenden Einfluß eingeräumt hat (§. 245).

III. Was dagegen die auf gesetzlichen Bestimmungen beruhenden Arten der summarischen Processe betrifft, so ist zu ge-

---

2) Kind, Quaest. forens. (2. Ausg.), III, cap. 12, und Conradi daselbst citirt.

3) Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 31, 32. Tafinger, Inst. jurispr. cam., §. 566 sq.

denken, daß schon frühzeitig in der gemeinrechtlichen Gesetzgebung ein abgekürztes Verfahren für manche Gattungen von Rechtsstreitigkeiten angeordnet worden ist, bei denen es dann nicht von der Willkür der Parteien abhängt, ob dieses Verfahren stattfinden soll oder nicht. Denn schon im Römischen Rechte[4]) gab es theils sogenannte causae extraordinariae cognitionis, theils finden sich auch dort einzelne Arten von Fällen, von denen gesagt wird, daß dabei de simplici et plano[5]), oder sine strepitu et figura judicii oder levato velo und dgl. zu verfahren sei, worunter alle diejenigen Fälle begriffen wurden, in welchen schleunige gerichtliche Hülfe gesucht und unter den nöthigen Voraussetzungen gewährt werden sollte. Hiervon hat dann das Kanonische Recht[6]) Anlaß genommen, theils gesetzlich gewisse Classen von Streitigkeiten zu bezeichnen, bei welchen jederzeit ein solches abgekürztes Verfahren stattfinden soll, z. B. die Ehesachen; theils aber auch, um von den Parteien bei den Päpsten Commissionen[7]) für einzelne Fälle zugleich mit der Instruction für den Commissar auszuwirken, daß darin de simplici et plano verfahren werden solle. Das ist in Italien von einzelnen Staaten sehr früh nachgeahmt worden, indem z. B. in Neapel ein eigenes Gesetz über das sum-

4) Tit. tot. D. de extraordin. cognit. (50, 13). Vergl. Schmid, a. a. O., S. 5, Note 7. — Nach v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 381, sind diese nicht zu den summarischen zu zählen. — Bereits Durantis Specul. (Ausg. von 1612, Fol.), S. 144 fg., unterschied causae summariae, extraordinariae, und solche in quibus de plano cognoscitur.

5) L. 9, §. 3, D. de offic. Procons. (1, 16). L. 6 D. de accus. (48, 2).

6) Clem. 2, de judiciis (2, 1). Dispendiosam prorogationem litium (quam interdum ex subtili ordinis judiciarii observatione causarum docet experientia provenire) restringere in subscriptis casibus cupientes; statuimus, ut in causis super electionibus, postulationibus et provisionibus, aut super dignitatibus, personalibus officiis; canonicatibus vel praebendis, seu quibusvis beneficiis ecclesiasticis, aut super decimis; ad quarum etiam praestationem possunt, qui tenentur ad eas, praemoniti censura ecclesiastica coërceri, nec non super matrimoniis vel usuris; et eas quoque modo tangentibus ventitandis, procedi valeat de caetero simpliciter et de plano, ac sine strepitu judicii et figura, etc.

7) Clem. 2, de V. S. (5, 11). Saepe contingit, quod causas committimus et in earum aliquibus simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura judicii procedi mandamus etc.

marische Verfahren gegeben wurde. In Deutschland aber hat man schon in der Kammergerichtsordnung von 1508 [8]) eine Reihe von Sachen aufgezählt, welche causae extraordinariae genannt werden, und bei deren Verhandlung ungewöhnlich kurze Fristen vorgeschrieben waren. In den spätern Kammergerichtsordnungen [9]) sind diese besonders auf solche Fälle beschränkt worden, wo man theils Selbsthülfe befürchtete und abwenden wollte, oder, wenn sie vorgefallen war, Alles in den vorigen Stand zu setzen beabsichtigte; theils auf diejenigen Fälle, wo der öffentliche Credit schnelle richterliche Hülfe wünschenswerth machte. Zu der erstern Classe gehören der Arrest- und Mandatsproceß, zu der letztern der Executivproceß, für welche alle eigene summarische Proceßarten angeordnet wurden. Es sind jedoch noch mehre Gattungen von andern Sachen übrig geblieben, bei welchen ein summarisches Verfahren schon angeordnet war, ohne daß für sie eine genauere Art und Weise der Proceßführung vorgeschrieben wäre. Denn im gemeinen Recht fehlt es überhaupt an einer Uebersicht aller summarischen Processe, und nur so viel läßt sich nach der deutschen Justizverfassung behaupten, daß Commissionen, welche ernannt werden, um einen einzelnen Fall, der seiner Natur nach gesetzlich keine summarische Proceßart begründen würde, summarisch zu behandeln, als unzulässig betrachtet werden müssen, da sie immer unter den Begriff der Cabinetsjustiz fallen.

IV. Die im gemeinen Recht fehlende Uebersicht der summarischen Processe hat aber auch noch mehre Nachtheile zur Folge gehabt. Dahin gehört 1) die Unsicherheit in Ansehung der Kennzeichen des summarischen Verfahrens. Man hat diese zwar schon sehr früh darin finden wollen, daß die Formalien des Processes nicht beachtet zu werden brauchten [10]), so oft summarisch verfahren werde; allein die Unrichtigkeit dieses Kennzeichens ist schon oben (§. 139, S. 108 fg.) gerügt worden, sobald man nicht bloße Solennitäten von den Formalien wohl

---

8) Kammergerichtsordnung von 1508, Tit. 6.

9) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 21, 23; Th. 3, Tit. 3. Jüngster Reichsabschied, §. 107, 174.

10) Peinliche Gerichtsordnung, Art. 12: „summarie und ohne Zierlichkeit des rechtlichen Processes".

unterscheidet, unter jenen erstern aber nur Ueberflüssiges versteht. Denn es ist bekannt, daß mehre summarische Proceßarten bei weitem mehr Formalien haben als der ordentliche Proceß, z. B. der Mandats- und Executivproceß. — Eben daher ist auch 2) die Verschiedenheit der summarischen Processe von dem ordentlichen nirgends genau angegeben, und es werden in dieser Beziehung vielerlei Meinungen aufgestellt, welche keinen rechtlichen Grund haben, so z. B. die Unzulässigkeit der Eidesdelation oder der Fragstücke beim Zeugenbeweise im summarischen Verfahren, von welchem Allen das gemeine Recht nicht nur nichts weiß, dem vielmehr die allgemeinen Regeln widersprechen. — Aus gleichem Grunde ist 3) die Bestimmung der Anzahl der summarischen Proceßarten und alles Dessen, was zu ihnen gehört, sehr streitig und zweifelhaft geworden. Hat man doch sogar eine Zeitlang den Criminalproceß als einen summarischen Civilproceß behandelt, was offenbar ebenso unrichtig ist, wie wenn man behauptet hat, daß alle causae extraordinariae gerade zum summarischen Verfahren gehören. Denn zu diesen ist zwar unstreitig der Concursproceß zu rechnen, weil er den seltenen Fall bezeichnet, wo zu gleicher Zeit eine Mehrzahl von Klägern denselben Beklagten, ohne daß sie Streitgenossen wären, in Anspruch nehmen, wol aber unter der Voraussetzung, daß sie nicht alle vollständig befriedigt werden können. Gleichwol läßt es sich aber nicht behaupten, daß im ganzen Concursverfahren summarisch procedirt werden müsse, vielmehr gilt das nur höchstens von dem Liquidationsverfahren. — Aber auch bei den wirklich summarischen Sachen ist die Anzahl derselben darum sehr zweifelhaft, weil manche Landesgesetze eine Reihe solcher aufzählen, ohne diese für die alleinigen zu erklären, und weil dann häufig die Frage aufgeworfen wird, ob in andern als den genannten Fällen eine Ergänzung aus den Bestimmungen des gemeinen Rechts zulässig sei. Nach der richtigen Theorie sollte dies jedoch nicht bezweifelt werden. — Endlich gründet sich 4) eben hierauf auch die große Verschiedenartigkeit der Classificationen aller summarischen Processe, wie sie bei den verschiedenen Schriftstellern vorkommen.

V. Die rechtliche Natur der summarischen Processe äußert sich aber weder bei den Haupt- noch bei den Nebenpersonen, indem der Richter auch hier zuständig und unverdächtig, jede

Partei sowol befugt, ihre Rechte vor Gericht geltend zu machen, als auch zur Sache legitimirt, jede Nebenperson der Parteien aber ebenfalls zulässig und legitimirt, die des Actuars dagegen auf das Protokoll beeidigt sein muß, — noch hinsichtlich des Streitgegenstandes, indem Alles, was nicht überhaupt Gegenstand eines Rechtsstreits sein, auch nicht im Wege eines summarischen Processes verhandelt werden kann, — noch hinsichtlich der wesentlichen Bestandtheile des Verfahrens, indem auch hier eine Vorbereitung zum Urtheil und ein solches selbst nicht zu entbehren ist, die Beweiskraft der Beweismittel aber unverändert bleibt, — noch endlich in der Execution, indem diese auf dieselbe Weise wie im ordentlichen Processe geschieht, da die Abweichung des Wechselprocesses in dieser Hinsicht dem gemeinen Rechte unbekannt ist. Dagegen fallen die dem ordentlichen Processe eigenthümlich angehörigen wesentlichen Eigenschaften hinweg. Während im ordentlichen Processe der angegriffene Theil von dem Gerichte ausdrücklich aufgefordert wird, sich gegen den Angriff zu vertheidigen, geschieht dies nicht bei allen summarischen Processen, vielmehr wird ihm bei einigen die Vertheidigung nicht einmal ausdrücklich gestattet, z. B. bei dem mandatum sine clausula, wiewol sie auch hier stillschweigend nachgelassen ist, bei andern wird sie ihm wenigstens nicht befohlen, sondern nur, jedoch ausdrücklich, gestattet. Die Vertheidigung selbst aber ist insofern beschränkt, als diejenigen dilatorischen Einreden, welche nicht die Essentialien des Processes betreffen, hinwegfallen. — Während die Verurtheilung im ordentlichen Processe regelmäßig nicht eher denkbar ist, als sich nicht beide Theile vertheidigt haben, erfolgt sie im summarischen Processe auch auf einseitigen Vortrag, wird dann aber freilich nicht rechtskräftig. — Während der ordentliche Proceß regelmäßig in zwei Hauptabschnitte zerfällt, den, welcher nur die Streitfrage feststellen soll, und den, in welchem die Beweisführung stattfindet, auch kein Theil in der Regel schuldig ist, seine Behauptungen alsbald mit Beweisgründen zu belegen, wird im summarischen Processe die Beweisführung mehr oder minder gleich mit der Einleitung des Verfahrens verbunden, so daß jeder streitende Theil seine Behauptungen gleich, wie er sie anführt, in Gewißheit zu setzen sich bemühen muß. — Während im ordentlichen Processe die schrift-

lichen Vorträge der Parteien die Regel bilden, ist dies bei dem summarischen Processe keineswegs der Fall, wiewol auch hier zu protokolliren ist, was mündlich vor Gericht verhandelt wird, und da, wo schriftliche Verhandlung gestattet wird, die Schriften nach den allgemeinen Normen, welche für den ordentlichen Proceß gelten, wenigstens was die Form betrifft, einzurichten sind. — Während endlich im ordentlichen Processe zu den gerichtlichen Handlungen geräumige Fristen bestimmt und diese wol auch mehrfach verlängert werden, die Rechtsmittel aber Suspensiveffect haben, werden im summarischen Processe nur kurze Fristen eingeräumt und öftere Verlängerungen derselben versagt; den Rechtsmitteln aber wird der Suspensiveffect entzogen.

§. 237.

2) Classification der summarischen Processe.

α) Nach der Art des Verfahrens.

I. Mit Rücksicht auf den Erfolg müssen zwei Hauptgattungen der summarischen Processe unterschieden werden: 1) diejenigen, welche, wie das ordentliche Verfahren, den Zweck haben, die streitenden Theile vollständig und für immer auseinanderzusetzen, ohne denselben nebenher eine besondere Ausführung des bereits verhandelten Anspruchs zu gestatten, und 2) diejenigen, welche nur darauf hinzielen, die Sache provisorisch zu erörtern und zu reguliren, und eben darum alles Illiquide ausscheiden und zur besondern Verhandlung verweisen. Zu diesen letztern gehört

a) der Arrestproceß,
b) sehr häufig der unbedingte Mandats- oder Inhibitivproceß,
c) der Executivproceß und
d) das possessorium summariissimum im Sinne der Praxis.

Alle diese vier Arten des summarischen Processes sind deutschen Ursprungs und haben durch die Reichsgesetze einen bestimmt geregelten Gang vorgeschrieben erhalten. Da aber bei diesen nicht nur die quaestio an, sondern auch die Art des Verfahrens ge-

setzlich entschieden ist, so pflegt man sie bestimmt summarische Processe zu nennen, und wiederum diejenigen zwei Classen zu unterscheiden, welche im Compendium angegeben sind. — Bei jener ersten Gattung fehlt es dagegen beinahe an allen festen Regeln über die Art des summarischen Verfahrens, indem dabei die Gesetze sich begnügen, gewisse Objecte des Rechtsstreits oder auch wol gewisse Arten der Parteien zu bezeichnen, für welche dieses Verfahren vorgeschrieben wird, ohne jedoch etwas mehr als die quaestio an zu entscheiden; so ist z. B. in Clem. 2, de judiciis (2, 1) eine Reihe solcher Objecte genannt. Mit Rücksicht auf diese Unbestimmtheit nennt man die Fälle dieser Art die unbestimmt summarischen, in neuerer Zeit auch wol die allgemein summarischen Processe [1]).

II. Da die Gesetze darüber, welche Sachen und Proceßarten zu den letzten gehören, eine ausdrückliche Vorschrift nicht, vielmehr nur Beispiele davon enthalten, so hat die Wissenschaft diesem Mangel dadurch abzuhelfen gesucht, daß sie durch Abstraction aus jenen Beispielen die allgemeinen Grundsätze für diese Proceßart festzustellen sich bemühte. Zu dem Ende hat Grolmann [2]) folgende drei Regeln aufgestellt: 1) Alle diejenigen Streitigkeiten seien unbestimmt summarisch zu behandeln, bei deren schleuniger Beendigung das öffentliche Wohl, also Ruhe und Ordnung im Staat, ungestörter Gang der Staatsverwaltung u. dgl., interessirt sei. Man zählt daher hierher die streitigen Steuersachen, Militärsachen, Begräbnißangelegenheiten, Eheprocesse und manche Baustreitigkeiten, sowie auch das possessorium summariissimum im Sinne der Reichsgesetze. — 2) Alle diejenigen Rechtsstreitigkeiten verdienten eine unbestimmt summarische Behandlung, welche bei einer Verfolgung im ordentlichen Proceßwege den Zweck alles gerichtlichen Verfahrens gar nicht oder doch nur sehr unvollkommen erreichen

---

1) Gönner, Handbuch, IV, Abh. 80, §. 6. Süptitz, Summarischer Proceß, §. 7. Linde, Lehrbuch, §. 327. Mühlenbruch, Entwurf, §. 432. Mittermaier, Die summarischen Verfahrungsarten, §. 79 fg. Archiv für civil. Praxis, VIII, 107 fg. Gegen die Eintheilung überhaupt Schmid, Handbuch, III, 3; gegen die Bezeichnung Bayer, Summarische Processe (6. Aufl.), S. 17, welcher sie in irreguläre und reguläre eintheilt.

2) Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens, §. 221—226.

lassen würden, wie z. B. alle solche Sachen, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, oder alle solche, die nur als Nebensache einer andern Hauptsache zu betrachten sind, wie Editions- und ähnliche Gesuche. — Wenn aber Grolmann 3) hinzufügt, auch da müsse summarisch verfahren werden, wo es im einzelnen Falle gewiß oder doch höchst wahrscheinlich sei, daß der Grund, weshalb der ordentliche Proceß vorgeschrieben sei, hier keine Anwendung leide, so möchte diese Behauptung das Bedenken gegen sich haben, daß das Princip: „Cessante ratione legis, cessat lex ipsa" überhaupt und besonders da, wo die Gründe des Gesetzes in diesem selbst nicht angegeben sind [3]), unrichtig ist, dieses aber in Ansehung des ordentlichen Processes allerdings der Fall ist. Hierzu kommt, daß jede summarische Proceßart und deren Anwendung als eine Ausnahme von der Regel nur dann zugelassen werden kann, wenn dafür völlig genügende Gründe im einzelnen Fall vorhanden sind; deshalb kann jener negative Satz nicht wohl ausreichen.

III. Sieht man bei den summarischen Proceßsachen blos auf die Art des Verfahrens, so scheint die von Claproth [4]) aus dem Gesichtspunkte der Grade der Schnelligkeit derselben beliebte Classification der summarischen Processe deshalb nicht unrichtig, weil das Hineilen zur Execution das Charakteristische aller summarischen Proceßsachen überhaupt ist. Allein bei der Unsicherheit des Erfolgs im einzelnen Fall hat eine solche Classification wenig reellen Werth. — Auch die von Gönner [5]) gegebene Classification der summarischen Processe kann nicht gebilligt werden, da derselbe nicht allein eine Reihe solcher sogar unter die bestimmt summarischen aufnimmt, welche das gemeine Recht als summarische Proceßarten gar nicht kennt, z. B. den Berichts-, den Litisdenunciations-, den Theilungs- und den Commissionsproceß, sondern auch, weil die von ihm angegebenen zwei Hauptclassen der bestimmt summarischen Processe, rücksichtlich der Art des Verfahrens, kein Unterscheidungsmerkmal

---

3) Thibaut, Logische Auslegung (2. Aufl.), §. 22, S. 101.

4) Claproth, Einleitung in den summarischen Proceß, §. 4.

5) Gönner, Handbuch (2. Aufl.), IV, 12.

haben, der Zweck der Classe A. aber nur zu einem „oder" bezüglich „oder nicht" führt und keineswegs positiv ist. — Es erscheint daher die im Compendium angegebene Eintheilung der eigenthümlichen summarischen Proceßart nach den drei Theilen der Proceßbehandlung: der Instruction, der Entscheidung und der Execution, die sicherste zu sein, wenn schon nicht zu verkennen ist, daß sie blos auf die bestimmt summarischen Proceßarten paßt, weil bei den unbestimmten die Regeln des ordentlichen Processes nachzuahmen sind.

§. 238.

β) Nach dem gesetzlichen Grunde der Anordnung.

I. Diejenige Eintheilung der summarischen Proceßarten, welche auf den Grund der gesetzlichen Anordnung dieses nur ausnahmsweise statthabenden Verfahrens Rücksicht nimmt, und daher die einzelnen Sachen danach trennt, ob dabei das öffentliche Wohl unmittelbar oder nur der Vortheil der Parteien interessirt ist, hat den Nutzen, die Grenzen des Richteramts und des Einflusses der Parteiwillkür auf die concrete Anwendung der summarischen Proceßart zu reguliren. Denn da, wo um des öffentlichen Wohles willen summarisch verfahren werden soll, ist es unzweifelhaft, daß sogar gegen den Willen, noch mehr also ohne Antrag der Parteien, von Seiten des Gerichts das summarische Verfahren eröffnet wird, wenn anders ein Anlaß zur Thätigkeit des Civilrichters gegeben vorliegt. Dagegen muß der Gebrauch aller der summarischen Proceßarten, welche ausschließlich das Privatrecht bezwecken, von der Willkür der Interessenten abhängen, und es ist nur näher zu bestimmen, welche von den beiden streitenden Parteien die gesetzlich begünstigte sei, folglich zwar einseitig ihren Vortheilen entsagen kann, ohne daß jedoch diese ihr gegen ihren Willen geschmälert werden dürfen [1]).

---

1) Clem. 2, de V. S. Gönner, Handbuch, II, Abh. 30, §. 3. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, 280 fg., §. 228. Bayer, Summarische Processe, §. 3.

II. Im Ganzen muß man nun behaupten, daß die letztgedachte Art der summarischen Processe nur zum Besten des Klägers angeordnet ist, insofern derselbe den Anforderungen, welche an ihn im einzelnen Fall in Ansehung der Procedur von den Gesetzen gemacht werden, zu genügen vermag. Denn ein Beklagter bedarf überhaupt der directen Hülfe des Gerichts nicht, da er sich im Genusse seines behaupteten Rechts befindet, und hat eben deshalb weit eher ein Interesse, das ordentliche Verfahren zu verlangen, als dieses beschleunigte, weil letzteres ihn nicht allein in seiner Vertheidigung häufig beschränkt, mithin ihn zwingt, das in einem besondern Processe als Kläger zu suchen, was er bei einem Verfahren nach den Regeln des ordentlichen Processes schon durch die Einreden hätte erlangen können, sondern ihn auch in den meisten Arten dieses Verfahrens wenigstens in Ansehung des Gebrauchs von Beweismitteln mehr einschränkt, als dies im ordentlichen Verfahren der Fall ist. Für jeden Beklagten ist es daher Regel, genau zu prüfen, ob im einzelnen Falle ein summarisches Verfahren überhaupt gestattet, und ob insbesondere die etwa vom Kläger gewählte bestimmte summarische Proceßart genügend begründet sei. Fehlt es hieran, so unterlasse man nicht, die Einrede der unrichtig gewählten Proceßart vorzuschützen, weil im entgegengesetzten Falle leicht ein stillschweigender Verzicht angenommen werden könnte. Wenn aber diese Einrede gebraucht wird und auf triftigen Gründen beruht, so ist es nicht zu empfehlen, eine eventuelle Einlassung auf den angefochtenen Proceß damit zu verbinden; denn die Gerichte sind nur zu sehr geneigt, die Mängel der Form zu übersehen, wenn sie glauben, daß der Beklagte in der Hauptsache Unrecht habe. In einem solchen Falle muß man sich daher auf die Anfechtung der Form beschränken. — Der Beklagte darf es aber endlich auch nicht ungerügt vorübergehen lassen, wenn der Kläger mitten im Verfahren eine Umwandelung des summarischen Processes, welcher eingeleitet war, in den ordentlichen versuchen sollte, da andernfalls der Richter auch hier leicht eine stillschweigende Einwilligung würde annehmen wollen, z. B. in dem Falle des Compendiums, §. 252, Note d.

III. Der Kläger dagegen, welcher die Execution überhaupt sucht und folglich deren Beschleunigung besonders wünschen muß,

deshalb aber bei der Anwendung der summarischen Proceßart, sobald sie im einzelnen Fall nur überhaupt zulässig erscheint, stets vorzugsweise interessirt ist, hat folgende Maßregeln der Vorsicht zu beobachten: a) Den Widerspruch des Beklagten gegen die gewählte Proceßart muß er in jedem Falle erwarten, und daher nur in solchen Fällen summarisch klagen, wo ein derartiges Verfahren mit Fug nicht bezweifelt werden kann; von den verschiedenen summarischen Proceßgattungen aber diejenige wählen, welche in diesem Fall am sichersten anwendbar ist. Bisweilen kann man auch in solchen Fällen, wo bloße Gerechtigkeit der Ansprüche nicht genügt, die Anwendung eines summarischen Verfahrens noch besonders vorbereiten, sollte dies auch mit einigem Zeitverluste verbunden sein, z. B. durch gerichtliche Kündigung eines Capitals, um eine Urkunde für den Executivproceß zu gewinnen. — b) Wird dann summarisch geklagt, so muß ein deutliches bestimmtes Petitum die Gattung des gewählten summarischen Processes deshalb genau bezeichnen, weil von richterlichen Amtswegen das summarische Verfahren überhaupt nicht ergänzt und höchstens unter mehren anwendbaren solcher Proceßarten diejenige gewählt wird, welche ihrer Anwendung nach außer Zweifel, darum aber nicht immer die den Wünschen des Klägers am meisten entsprechende ist. Sollte dagegen das Gericht bei einer bestimmt gewählten summarischen Proceßart rücksichtlich deren concreter Anwendbarkeit Bedenken tragen, so ist immer eher die Klage in der angebrachten Maße zurückzuweisen, als für die gewählte eine andere summarische Proceßgattung zu substituiren, weil sonst dem Kläger die Gelegenheit entzogen wird, den begangenen Fehler zu verbessern und sich dadurch die vortheilhaftere summarische Proceßart zu sichern. — c) Am wenigsten entspricht es dem Interesse des Klägers, mehre Ansprüche, welche zu verschiedenen summarischen Proceßarten geeignet sind, zu cumuliren. Denn das würde als ein stillschweigender Verzicht auf die bessern summarischen Proceßarten, die etwa nur für einige Posten begründet sind, angesehen, und es würden sämmtliche Ansprüche in der langsamern Proceßform, welche für alle passend sein würde, eingeleitet werden, wie z. B. in dem unbestimmt summarischen Proceß. — d) Endlich gilt auch für den Kläger die Warnung gegen eine eventuelle Einlassung auf solche Ver-

theidigungsmittel des Beklagten, welche in der gewählten Proceßart unzulässig sind, damit nicht aus einer solchen Einlassung ein stillschweigender Verzicht auf die summarische Proceßart gefolgert werde.

§. 240—243.

B. Von den bestimmten summarischen Processen,

I. welche die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens umkehren.

1) Arrestprocesse [1].

I. Von den zwei verschiedenen Arten einer Arrestanlegung, welche im Civilprocesse vorkommen, kannten die Römer, wenigstens der Sache nach, nur die eine, welche als Bestandtheil der Executionsinstanz nach rechtskräftigem Urtheile namentlich in Bezug auf ausstehende Capitalien des Verurtheilten vorzukommen pflegte, eine eigene Proceßart nicht begründete, sondern nach Analogie der Auspfändung im Römischen Rechte behandelt wurde [2]. — Die andere Art der Arrestanlegung, von welcher hier allein die Rede ist, kommt sogar wegen Sicherstellung eines künftigen Rechts nicht nur vor Anfang des Hauptprocesses, sondern auch mitten in demselben vor, und betrifft bald die Person, bald die Sachen des Schuldners, ohne Einschränkung auf dessen Forderungsrechte; sie ist lediglich deutschen [3]) Ursprungs. Anfänglich bestand diese Arrestanlegung in der Selbsthülfe, deren sich im Mittelalter der Gläubiger so häufig bedient, um zu seinem Rechte zu gelangen; hiergegen ergingen dann bereits in

---

1) Heffter, System, §. 405 fg. Mittermaier, Vergleichung der gemeinen deutschen Processe, Beitrag IV, §. 7, S. 148 fg. Schmid, Handbuch, III, 129 fg., §. 199. Bayer, Summarische Processe, §. 19 fg.

2) L. 15, §. 8—11, D. de re jud. (42, 1). Sic quoque judices exsequantur judicatum, ut nomina jure pignoris capiant, si nihil aliud sit, quod capi possit, posse enim nomen jure pignoris capi Imperator noster rescripsit etc.

3) Reichsabschied von 1594, §. 81—88. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 48, 50—60. Jüngster Reichsabschied, §. 139. Heffter, System, S. 488 (1. Aufl., S. 426 fg.). Mittermaier, a. a. O., S. 223 fg.

den ältern Reichsgesetzen[4]) Verbote, bis endlich im Reichsabschiede von 1594 gesetzlich zwischen erlaubtem und unerlaubtem Arreste unterschieden wurde. Die letztern blieben nach wie vor untersagt; die erstern aber waren nur solche, welche man bei den Gerichten nachsuchte und von diesen als eine Gattung von Provisorien verhängt wurden. Für diese bedurfte es aber eben darum gewisser Regeln über die Voraussetzungen, unter welchen sie zu verhängen, sowie über die Art und Weise, wie sie anzulegen seien. Hieraus entstand eine eigene Proceßart, der Arrestproceß, welcher zu den summarischen Processen gerechnet wird. Im gemeinen Rechte sind jedoch die desfallsigen Bestimmungen nur ungenügend enthalten, und müssen deshalb wesentlich aus allgemeinen Principien ergänzt werden.

II. In jedem Falle eines Civilarrestes kommt es namentlich auf zwei Fragen an: ob der begehrte Arrest zu bewilligen sei, und wie lange der verhängte Arrest dauern solle? Die erste Frage ist wesentlich nach den Regeln über Provisorien überhaupt (§. 313), welche nur aus besonderer Veranlassung — nicht blos zur Bequemlichkeit — stattfinden, zu beurtheilen; jedoch mit der besondern Modification, daß diese Frage auf einseitigen Antrag ohne vorheriges Gehör der Gegenpartei entschieden werden muß, während bei den andern Provisorien erst beide Parteien gehört werden. Weil aber das Verfahren im Arrestprocesse mit einer Art Executionsvollstreckung beginnt, so wird bei Entscheidung der ersten Frage, außer dem Nachweise, daß die Ansprüche des Impetranten rechtsbegründet sind, ein besonderer Grund des Arrestes[5]) (causa arresti) vorausgesetzt. Als ein solcher ist im Allgemeinen die Sicherheit des Gläubigers, daß er zu seiner Befriedigung gelange, und die Vorsorge, daß ihm die Rechtsverfolgung nicht erschwert werde[6]),

---

4) Landfrieden von 1303, §. 24. Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 22.

5) Glück, Commentar, VI, S. 333. Strube, Rechtliche Bedenken, I, Bed. 74. v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, IV, Erört. 37. Gönner, Handbuch, IV, §. 79. Schmid, a. a. O., S. 130 fg. Bayer, a. a. O., §. 24, S. 62 fg.

6) Anderer Meinung: Quentin, Archiv für civil. Praxis, XXIII, S. 239 fg. Bayer, a. a. O., S. 62 fg.

zu betrachten. Eine solche Gefahr für den Gläubiger tritt aber dann ein: 1) wenn der Schuldner seinen bisherigen gewöhnlichen Aufenthaltsort auf unbestimmte Zeit verläßt, ohne Vermögen daselbst zurückzulassen, und man nicht weiß, wohin er sich wendet; man bezeichnet dies als die begründete Besorgniß der Flucht des Schuldners [7]); 2) wenn der Schuldner so verschwenderisch [8]) mit seinem Vermögen umgeht, daß dem Gläubiger dadurch gegründete Besorgniß erweckt wird, er werde das leere Nachsehen mit seiner Forderung haben; 3) wenn zur Anwendbarkeit eines an sich begründeten speciellen Gerichtsstandes erforderlich ist, daß der Beklagte daselbst anzutreffen sei oder Vermögen besitze, z. B. in Ermangelung vorhandener Güter des Contrahenten, besonders bei fremden Reisenden, welchen nicht creditirt ist, die aber weder bezahlen noch Sicherheit leisten wollen; 4) wenn Ansprüche an einen Verstorbenen gegen dessen Erben bei dem zuständigen Richter geltend gemacht [9]) werden sollen, und diese im Begriffe stehen, die Erbschaft zu theilen, dann aber ein Jeder vor verschiedenen Gerichten zu seinem Antheile zu verklagen sein würde; 5) wenn von dem zuständigen ausländischen Richter die Rechtspflege verweigert worden ist. — Ist aber der begehrte Arrest bewilligt, so entsteht die fernere Frage, wie lange der angelegte Arrest dauern solle? Die Beantwortung dieser Frage ist theils von dem Hauptanspruche des Klägers, theils von der Vertheidigung des Beklagten, hier des Impetraten, abhängig. Denn ohne das Vorhandensein einer Hauptforderung kann eine juristische Gefahr derselben nicht drohen, und gleichwol gibt eine solche allein das Motiv der Arrestanlegung ab; auch darf der Ungrund des Hauptanspruchs nicht offenbar, vielmehr muß derselbe zweifelhaft sein, wenn der Arrest fortbestehen soll. Ist dem Kläger die Hauptforderung rechtskräftig aberkannt, dann fällt der Arrest

---

7) Arg. L. 10, §. 16, D. quae in fraud. (42, 8). Glosse zu L. un. C. de prohib. sequestr. (4, 4).

8) L. 22, §. 8, D. solut. matr. (24, 3). Glosse zu cit. L. un. C. (4, 4). L. 29, §. 3, D. de appell. (49, 1).

9) L. 2 C. si unus ex plur. hered. (8, 32). Glück, Pandekten, VI, §. 520; XI, §. 732. Anderer Meinung: Mittermaier, a. a. O., S. 233. Schmid, a. a. O., S. 133.

von selbst hinweg. Daß aber die Hauptforderung nur indirect auf den Arrestproceß einwirkt, ergibt sich daraus, daß sie mit demselben nicht cumulirt zu werden braucht, und oft nicht einmal cumulirt werden kann, letzteres namentlich dann, wenn der Proceß wegen der Hauptsache schon anderswo pendent ist, als wo der Arrest nachgesucht wird, oder wenn der Arrest nur zur Sicherstellung eines künftigen Rechts beantragt wird, und deshalb mehr nicht als Caution verlangt werden kann. — Von der Vertheidigung des Beklagten, gegen welchen der Arrest nachgesucht und erlangt wird, hängt aber die Entscheidung über dessen Dauer deshalb ab, weil diese erst hinterdrein erfolgt, wenn der Arrest bereits angelegt ist und deshalb auch bei der größten Erheblichkeit nur auf dessen Dauer Einfluß haben kann.

III. Die Behauptung, daß der Arrest ein eigenes Forum begründe[10]) und deshalb die Competenz des Richters für die Hauptsache nicht erfordere, läßt sich nur in den Fällen, wo er entweder wegen gegründeter Besorgniß der Flucht des Schuldners oder Verweigerung der Rechtspflege von Seiten des auswärtigen competenten Gerichts gesucht und erlangt wird, rechtfertigen, während in allen übrigen vorstehend unter II. ferner aufgezählten Fällen der Arrest nur bei dem für die Hauptsache zuständigen Richter nachgesucht werden kann. Aber auch in den ersten beiden Fällen wird die Hauptsache nicht an den Gerichtsstand des Arrestes gezogen (§. 56, III., S. 353 fg.). — Selbsthülfe endlich ist nur in dem Falle, wenn sich der Schuldner mit allen seinen Effecten auf der Flucht befindet, oder wenn das Forum der belegenen Sache für Sachen, welche man vindiciren will, durch einen Arrest nach bereits begonnenem Transporte derselben begründet werden soll, falls gerichtliche Hülfe nicht schnell genug, um die drohende Gefahr abzuwenden, zu erlangen ist, im äußersten Falle gestattet[11]); aber auch im ersten Falle

---

10) Reichsabschied von 1570, §. 84 a. E. Bayer, a. a. O., §. 27. Schmid, a. a. O., S. 136.

11) L. 10, §. 16, D. quae in fraud. credit. (42, 8). Si debitorem meum et plurium creditorum consecutus essem fugientem secum ferentem pecuniam, et abstulissem ei id, quod mihi debeatur, placet Juliani sententia dicentis, multum interesse, antequam in possessionem

redet das Römische Recht nur vom Arrest an den Sachen des Schuldners, welche er mit sich führt. — Als Kläger (Impetrant) kann bei dem Arrestprocesse, wie im Allgemeinen, ein Jeder auftreten, welcher ein begründetes Klagrecht (actio nata, §. 93, II., S. 483) hat. Rücksichtlich des Beklagten (des Impetraten) ist nur zu bemerken, daß zwar Realarrest gegen jeden Schuldner aus irgend einem erlaubten Geschäfte zulässig, und auf alle[12]) demselben eigene oder doch litigiöse Sachen, soweit nicht einzelne derselben vom Arrestschlage überhaupt ausgenommen[13]) sind, zu erstrecken ist, dagegen Personalarrest[14]) nicht: 1) gegen Geistliche desselben Landes, außer wenn sie auf der Flucht sind[15]); 2) gegen Soldaten im Dienste, soweit es sich nicht um ein Delict handelt; 3) gegen Gesandte an dem Orte, wo und solange ihre Functionen dort fortdauern; 4) gegen einen Cridar, welcher das beneficium cessionis bonorum, oder 5) gegen einen Schuldner, der ein Moratorium erlangt hat; 6) gegen Personen, welchen der Impetrant Ehrfurcht schuldig ist, z. B. Kinder wider ihre Aeltern, Vasallen gegen den Lehnsherrn; 7) gegen Kaufleute auf den Messen[16]), wenn nicht eine Wechselforderung in Frage ist, ausgebracht werden kann. — — Weil aber der Arrest nur zur Sicherheit des Gläubigers oder doch um zu verhüten, daß ihm die Rechtsverfolgung erschwert werde, verhängt wird, kann derselbe durch Bestellung ausreichender Sicherheit[17]) vermittelst eines Bürgen oder Pfandes,

---

bonorum ejus creditores mittantur, hoc factum sit, an postea, si ante, cessare in factum actionem: si postea huic locum fore. Suptitz, Lehrbuch, §. 21. Bayer, a. a. O., §. 24, Note 5. Schmid, a. a. O., S. 136, Note 33. — Vergl. oben §. 56, S. 354.

12) Reichsabschied von 1594, §. 84. Bayer, a. a. O., §. 21. Schmid, a. a. O., S. 137 fg.

13) In einigen Ländern Lotteriegewinne, Besoldungen der Staatsdiener; Leichen nach Nov. 60, cap. 1; 115, cap. 5, §. 1.

14) Bayer, a. a. O., §. 26. Schmid, a. a. O., S. 137.

15) Verfügt der weltliche Richter solchenfalls Arrest gegen sie, so hat er der geistlichen Oberbehörde sofort berichtliche Anzeige davon zu erstatten.

16) L. un. C. de nundin. (4, 60).

17) Reichsabschied von 1570, §. 84. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 48. v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, IV, 209 fg.

nicht aber wohl durch eidliches Angelöbniß beseitigt werden, und gewährt im Concurse dem Gläubiger keinen besondern Vorzug[18]). Die Caution muß auf das Erscheinen in diesem Gerichte, eventuell auf Bezahlung des Judicats gerichtet, aber höher nicht, als auf die Summe des Werthes der mit Arrest belegten Sachen bestellt werden; sie enthält, da sie nur, um den Arrest abzuwenden, geleistet wird, keine Anerkennung der Rechtmäßigkeit desselben. — Endlich kann der Arrest in der Regel nur nach der Reihenfolge angelegt werden, in welcher die Executivverfügung erfolgt, also zunächst an Mobilien oder Forderungsrechten, dann an Immobilien, bei welchen er in einem Veräußerungsverbote besteht.

IV. Der Syllogismus eines Arrestgesuchs[19]), mag dasselbe mündlich oder schriftlich angebracht sein, bezieht sich eigentlich nur auf das auszuwirkende Provisorium selbst, und auch dann, wenn man die Hauptforderung mit demselben verbinden kann und will, ist es besser, die zwei Syllogismen, die dann aufgestellt werden müssen, nicht mit einander zu verbinden, sondern getrennt von einander vorzutragen. In einem solchen Falle wird die Hauptforderung in einem ihrer individuellen Natur entsprechenden, vollständigen Klaglibell vorgetragen, und dieses mit einem Petitum versehen, welches der im einzelnen Fall gewählten Proceßart entspricht; hinterdrein aber in einem abgesonderten Abschnitte oder wol gar einem getrennten Aufsatze, einem sogenannten Insertum, das Arrestgesuch begründet, in welchem die Hauptforderung gleichsam als Sachlegitimation des Impetranten durch Beziehung auf jenes Libell kurz berührt und höchstens in den wesentlichen Punkten wiederholt, im Uebrigen aber bei den wesentlichen Erfordernissen der Arrestanlegung stehen geblieben wird. — Das Eigenthümliche des bloßen Arrestgesuchs besteht nun wesentlich darin, daß neben der anzuführenden Hauptforderung des Impetranten, das Vorhandensein einer Gefahr, welche eine Veränderung der factischen Verhältnisse des Impetraten in Ansehung seiner Person oder seines Vermögens zum Nachtheile des

---

18) Strube, Rechtliche Bedenken, III, Bed. 12. Bayer, a. a. O., §. 28. v. Linde, Lehrbuch, §. 249, Note 12.

19) Schmid, a. a. O., S. 142 fg. Bayer, a. a. O., §. 31 fg.

Impetranten als bevorstehend darthut, genau angegeben werden muß. Diese Gefahr ist mit ihren Wirkungen speciell zu bezeichnen und dann hinsichtlich ihrer Begründung zu bescheinigen [20]), weil im Arrestprocesse auf einseitigen Vortrag, ohne den Impetraten gehört zu haben, die Arrestanlegung verlangt wird, folglich der Impetrant den Richter überzeugen muß, daß seine Erzählung, falls der Impetrat sie demnächst leugnen sollte, wahrheitsgemäß sei. Nur kann eine solche Ueberzeugung nicht bis zur völligen juristischen Gewißheit erhoben werden, weil diese, ohne den Gegner gehört zu haben, nie erreicht werden kann, vielmehr genügt schon eine solche Wahrscheinlichkeit, wie sie bei der Eile des Provisoriums und bei der Beschaffenheit der Gefahr möglicherweise herbeigeschafft werden kann.

V. Man unterscheidet daher, um darnach die Stärke der Bescheinigung zu beurtheilen, zwei Perioden des Arrestverfahrens: 1) die Zeit vor und bei Erlassung des Arrestdecrets, und 2) die Zeit am Schlusse des Arrestverfahrens, wo der angelegte Arrest definitiv bestätigt oder wieder aufgehoben werden muß. In der ersten Periode, wo die Arrestanlegung in Frage kommt, muß juristische Wahrscheinlichkeit schon um deshalb genügen, weil sonst der Zweck aller Arrestgesuche unerreichbar sein würde. Obgleich nun das gemeine Recht über den Grad dieser Wahrscheinlichkeit keine Vorschriften ertheilt, sondern alles dem Ermessen des Richters anheim gibt, pflegt man doch eine solche Wahrscheinlichkeit zu erfordern, welche einem halben Beweise gleichkommt, so jedoch, daß dabei stets auf die Art des zu verhängenden Arrestes Rücksicht genommen wird. Denn zu einem Personalarrest wird mehr als zu einem Realarrest vorausgesetzt, bei jenem aber die Qualität des Impetraten noch besonders ins Auge gefaßt, da viel leichter gegen einen Vagabunden, als gegen einen Angesessenen oder wol gar einen Staatsdiener Arrest zu erlangen ist. Je schwankender aber diese Grundsätze sind, desto mehr ist dem Impetranten zu empfehlen,

---

20) Gönner, Handbuch, IV, 315 fg. Mittermaier, Der gemeine deutsche Proceß, Beitr. 4, S. 237 fg. Bayer, a. a. O., §. 32.

sich zur Cautionsleistung für eine noch zu beschaffende genügende Gewißheit, und falls ihm dies nicht gelingen sollte, zur Vertretung des Gerichts in jeder Hinsicht zu offeriren [21]). — In der zweiten Periode hingegen, wo über den angelegten Arrest erkannt werden muß, kann von einer solchen Caution gar nicht die Frage sein. Hier wird eine höhere Wahrscheinlichkeit, wol Gewißheit, verlangt, so daß, wenn der Arrest fortbestehen soll, wenigstens so viel vom Impetranten, namentlich in Ansehung des Grundes des Arrestes, erbracht sein muß, daß ihm hierüber noch ein Erfüllungseid zuerkannt werden kann. Ueber die Hauptsache dagegen wird nicht leicht zugleich definitiv erkannt, vielmehr sind hierüber beide Theile noch ausführlicher zu hören, ehe man auch in Ansehung dieser zu einem solchen Eide schreitet. — Nach diesen Grundsätzen bestimmt sich dann auch die Zulässigkeit der Beweisführungsmittel, welche im Arrestproceß angewendet werden. Denn in der ersten Periode ist sicher weder Eidesdelation, noch eine bloße Denomination der Zeugen zu gebrauchen, weil hieraus noch keine Wahrscheinlichkeit hervorgeht, vielmehr werden es nur Urkunden sein, deren man sich in dieser Zeit bedienen kann. Bei diesen ist es dann gleichgültig, ob sie Geständnisse enthalten, welche erst noch der Recognition bedürfen, insofern sie nur der Impetrat anzuerkennen oder abzuleugnen schuldig ist, oder aber ob in der Urkunde nur einseitig aufgenommene Zeugenverhöre vorliegen, welche entweder vor einem Notar oder einem Gerichte stattgefunden haben und künftig vielleicht formell wiederholt werden müssen; einstweilen reichen sie hin, die erforderliche Wahrscheinlichkeit herzustellen, und man behauptet wol sogar, daß schriftlich ausgestellte Zeugnisse von bloßen Privatpersonen diese Probabilität begründen können, wenn die persönliche Glaubwürdigkeit des Ausstellers nicht bezweifelt ist. — Sobald es dagegen nach angelegtem Arrest darauf ankommt, die frühere Bescheinigung zu vervollständigen, dann kann man sich allerdings auch der Eidesdelation, der Namhaftmachung neuer Zeugen und des Antrags bedienen, diejenigen noch einmal förmlich abzuhören,

---

21) Schmid, a. a. O., S. 143. Brauer im Archiv für civil. Praxis, XXV, 341 fg. Weiter gehen Bayer, a. a. O., §. 32, S. 75; Mittermaier, a. a. O., S. 238.

deren Zeugnisse bereits beigebracht sind; denn in dieser Periode ist die Einseitigkeit des Verfahrens aufgehoben.

VI. Die letzte Eigenthümlichkeit des Arrestgesuchs besteht im Petitum. Denn dieses muß 1) auf das Genaueste die Art und Weise bezeichnen, wie der Impetrant den Arrest angelegt zu sehen wünscht: ob er Personalarrest fordert, und aus welchen Gründen diesen, welcher nur subsidiarisch stattfindet, oder Realarrest, und in welcher Weise dieser vollstreckt werden solle, weil dies lediglich auf den factischen Verhältnissen des einzelnen Falles beruht, welche fast in jedem einzelnen Falle sich anders gestalten, so daß in dieser Beziehung vermöge des officium nobile nichts supplirt werden kann. — Daneben wird 2) in dem Arrestgesuche sehr häufig schon eventuell auf Vervollständigung der Bescheinigung angetragen, falls die beigebrachten Bescheinigungsmittel nicht genügend erscheinen, und es richtet sich auch in Ansehung dieser der Antrag lediglich nach der Verschiedenheit der Beweismittel selbst. — Endlich wird 3) auf jeden Fall gebeten, den Arrest demnächst für justificirt zu erklären und so lange liegen zu lassen, bis über die Hauptsache rechtskräftig werde erkannt sein. Denn das Petitum in Ansehung dieser gehört nicht hierher. — Endlich ist noch der besondere Fall eines Arrestadhäsionsgesuchs zu erwähnen. Da nämlich jeder verhängte und wol gar schon bestätigte Civilarrest seine Wirkung lediglich auf den Hauptanspruch beschränkt, zu dessen Gunsten derselbe angelegt worden ist, so müssen in allen den Fällen, wo der Impetrant eine Ausdehnung für andere Ansprüche erlangen, oder wol gar ein Dritter von dem angelegten Arrest sich Nutzen verschaffen will, besondere Arrestadhäsionsgesuche angebracht werden. Bei einem solchen Gesuche gelten zwar im Allgemeinen die von dem Arrestgesuche selbst vorgetragenen Regeln, jedoch sind folgende Eigenheiten nicht zu übersehen. Man kann nämlich häufig nicht allein den Grund des Arrestes, welcher im ersten Arrestgesuche bescheinigt worden ist, auch bei der Adhäsion benutzen, und ist folgeweise nicht verbunden, eine nochmalige Bescheinigung dieses Grundes zu führen, sondern man braucht auch die Art und Weise, wie der Arrest angelegt werden soll, nicht speciell zu beantragen, sobald nur in der frühern Sache ein dem Adhärenten

genügend erscheinender Arrest angelegt ist, vielmehr ist es ausreichend, sich lediglich hierauf zu beziehen.

VII. Das so eingerichtete, dem Gerichte übergebene Arrestgesuch muß aber von diesem in vierfacher Beziehung geprüft[22]) werden, und zwar 1) in Beziehung auf die Hauptforderung, welche der Impetrant zu haben behauptet. Denn stellt sich diese nach dessen eigener Erzählung dem Gericht als unbegründet dar, so wird theils die Klage selbst, wenn eine solche mit dem Arrestgesuch cumulirt wäre, zurückgewiesen, theils wenigstens die Verhängung des Arrestes vom Gericht völlig abgelehnt. Wäre jedoch in dieser Beziehung ein Mangel nicht zu rügen, dann kommt es 2) darauf an, ob der behauptete Grund des Arrestes für die Anlegung desselben genügt; ferner 3) auf die Beschaffenheit der Bescheinigung; endlich aber 4) auf die gehörige Bestimmtheit des Petitums in Ansehung der Art und Weise, wie der Arrest angelegt werden soll. Sollte in diesen letztern Beziehungen ein Mangel vorhanden sein, so wird nur insoweit der Arrest noch zur Zeit verweigert und allenfalls durch ein Prälocut bestimmt, wie diesen Mängeln abgeholfen werden könne. Sollte aber in allen Beziehungen das Arrestgesuch untadelhaft sein, so wird neben dem auszufertigenden Arrestdecrete den Parteien bekannt gemacht, daß der Arrest bewilligt worden sei, und zugleich ein Verfahren eingeleitet, das dazu dienen soll, das Gericht nach vorgängigem Gehöre beider Theile in den Stand zu setzen, über die Rechtmäßigkeit des angelegten Arrestes zu urtheilen und denselben entweder, falls er nicht gerechtfertigt werden kann, möglichst bald wieder aufzuheben, oder entgegengesetzten Falles ihn mit Ueberzeugung zu bestätigen. Weniger geeignet ist hierfür eine schriftliche Verhandlung, weil sie stets mehr Zeitverlust mit sich bringt, dieser aber bei allen summarischen Processen vermieden werden soll. Es hat sich daher der Gerichtsgebrauch gebildet, daß in jenem Decret stets auf

---

22) Bayer, a. a. O., §. 33, 34. — Uebereilungen in der Anlegung oder Verweigerung des Arrestes haben Injurien- oder Schädenklagen zur Folge. Arg. L. 32 D. de injur. (47, 10). Gesterding, Irrthümer, S. 463 fg. Bayer, a. a. O., §. 29.

einen bestimmten Tag Termin angesetzt wird, in welchem beide Theile das Erforderliche zu Protokoll verhandeln. Man nennt dies den Justificationstermin [23]), und beraumt ihn, je nachdem die Sache Eile hat, auch sehr nahe an. In jenem Decret wird demnach eine eigentliche Citation, und zwar eine peremtorische, erlassen, jedoch so, daß das Präjudiz, welches dem Impetraten angedroht wird, theils nach der Verschiedenheit der gebrauchten Bescheinigungsmittel — indem z. B., wenn dies Urkunden sind, die Strafe der Recognition gedroht wird —, theils aber auch mit Rücksicht auf die cumulirte Hauptsache und die für diese gewählte Proceßart variiren muß. — Eine bessere Bescheinigung nachzubringen, ist nach gemeinem Rechte selbst noch im Justificationstermin zulässig, da an sich eine präclusive Frist zur Bescheinigung nicht vorgeschrieben ist; deshalb muß jenes Decret auch in dieser Richtung präclusiv sein. Dagegen ist jede Aenderung des Arrestgesuchs in Ansehung des Arrestgrundes oder der Hauptforderung alsdann nicht gestattet, wenn die Justification des Arrestes bereits versucht worden ist. — Das Resultat der Verhandlungen im Justificationstermine wird durch ein Erkenntniß ausgesprochen, welches entweder auf Bescheinigung [24]) der Arrestursache gerichtet ist, oder den Arrest unter Verurtheilung des Impetranten zum Kosten- und Schadenersatze [25]) aufhebt, oder endlich denselben bestätigt, für justificirt erklärt. Rechtsmittel [26]) sind gegen dieses Erkenntniß zulässig und nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen, der Arrest aber bleibt bis nach endlicher Entscheidung über dieselben liegen.

---

23) Mittermaier, a. a. O., S. 244 fg. Bayer, a. a. O., §. 35 fg. Schmid, a. a. O., S. 143 fg.

24) Anderer Meinung: Bayer, a. a. O., §. 37. Gensler, Commentar, II, 53.

25) Reichsabschied von 1594, §. 87.

26) Gönner, Handbuch, III, Abh. 61, §. 24, 25.

§. 244—249.

2) Von dem Mandatsprocesse [1].

I. Bereits vor Errichtung des Reichskammergerichts finden sich Spuren [2]), daß in Deutschland, wie es scheint nach Analogie der römischen Interdicte, welche freilich durch Justinian längst ihre Eigenheiten verloren hatten, in solchen Fällen, wo es darauf ankam, die allgemeine Ruhe zu sichern, Fehden und den Gebrauch der Selbsthülfe zu verhindern, unbedingte Gerichtsbefehle, Mandate, ohne vorher den Beklagten gehört zu haben, erlassen worden sind, um dadurch provisorische Verfügung gegen solche Ruhestörung zu treffen. Späterhin wurden solche an den Beklagten gerichtete Befehle, den Kläger klaglos zu stellen, mit der Clausel versehen, daß es dem Beklagten gestattet sein solle, das, was er dagegen vorzubringen habe, dem Gerichte vorzutragen (mandata cum clausula, bedingte Mandate). Die ersten genauern Bestimmungen über den Gebrauch der Mandate finden sich in der Reichskammergerichtsordnung von 1555 [3]). Hier wird eine eigene Proceßart in Ansehung derselben begründet, und zugleich werden diejenigen Fälle genannt, in welchen es erlaubt sein soll, gegen die Regel den Proceß mit einem solchen Mandate zu eröffnen. Man pflegt diese Fälle in folgenden vier zusammenzufassen:

1) ob facta nullo jure justificabilia,
2) ob damnum irreparabile imminens,
3) ob salutem publicam,
4) ob periculum in mora.

---

1) Mittermaier, Der gemeine deutsche Proceß, Beitr. 4, S. 129 (2. Aufl., S. 191 fg.). Schmid, Handbuch, III, 148 fg., §. 200—204. Bayer, a. a. O., §. 6 fg., S. 19 fg. — Beispiele in Bergmann's Einleitung, S. 179, 200 fg.

2) Reichsabschied von 1447, §. 18; von 1466, §. 18. Vergl. auch Reichskammergerichtsordnung von 1495, §. 20; in der neuen Sammlung der Reichsabschiede, Th. 2, S. 9, §. 20.

3) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 19, 23.

So unlogisch aber diese Eintheilung war, so schwankend und ungenügend erschien dieselbe sogar nach der nämlichen Reichskammergerichtsordnung, da in dieser außerdem noch gesetzwidrige Pfändungen als Anlaß zu einem solchen Mandate genannt sind [4]); endlich aber noch die allgemeine Clausel vorkommt, daß Mandate so oft erlassen werden sollen, als die Gesetze gestatten a praecepto anzufangen. Aus der spätern Reichsgesetzgebung [5]) ist nur noch der wichtige Zusatz [6]) zu gedenken, daß diese Proceßart, und zwar die unbedingten Mandate, auch auf tadellose Schuldverschreibungen angewendet werden sollen, sobald darin die Clausel vorkommt: daß der Schuldner „mit oder ohne Recht" zu zahlen verbunden sein soll. Man pflegte diese Clausel die Executivclausel zu nennen, und gedachte durch einen solchen Zusatz dem öffentlichen Credit aufzuhelfen. Diese Unbestimmtheit der Gesetzgebung veranlaßte denn auf den Reichstagen häufige Klagen darüber, daß die Reichsgerichte diese Proceßart allzu sehr ausdehnten; allein alle Versuche, festere Regeln aufzustellen, haben, solange das Deutsche Reich bestand, zu keiner größern Bestimmtheit in der Gesetzgebung geführt. — Dagegen ist in der Landesgesetzgebung die Anwendbarkeit des Mandatsprocesses sehr verschieden durch Gesetze und Gewohnheiten geregelt. Zum Theil ist das Mandatsverfahren sehr begünstigt, z. B. in Mecklenburg, und namentlich der bedingte Mandatsproceß bei allen unbestimmt summarischen Processen als der zweckmäßigere, sei es in Folge ausdrücklicher gesetzlicher Verordnung, sei es vermöge bloßen Gewohnheitsrechts angewendet worden; zum Theil ist dieses Verfahren sehr beschränkt worden, so z. B. in Sachsen. Hier hat man diese Art des Verfahrens für sehr bedenklich gehalten, und theils nur gewissen Gerichtshöfen, z. B. den Obergerichten und namentlich nur den Hofgerichten, gestattet, dergleichen zu erlassen, theils auch die Fälle exclusiv bestimmt, wo diese Proceßart angewendet

4) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 22.

5) Reichsabschied von 1566, §. 118—121; von 1567, §. 4; von 1570, §. 82; von 1582, §. 14; von 1594, §. 57, 71—79, 81; von 1600, §. 29, 31, 32, 48, 61; von 1603, §. 21. Jüngster Reichsabschied, §. 76—80.

6) Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 31, 32.

werden soll, und sie dann mit dem besondern Namen des Inhibitivprocesses [7]) bezeichnet.

II. Die Geschichte der deutschen Gesetzgebung über den Gebrauch der unbedingten Mandate zeigt, daß man auch bei der Anwendung derselben in den vorstehend bezeichneten Fällen zwei Gattungen derselben unterscheiden muß: provisorische Verfügungen in dieser Form und solche, welche eine definitive Regulirung der verfolgten Rechtsansprüche wenigstens für den summarischen Proceß, wenn auch mit Vorbehalt der illiquid gebliebenen Ansprüche für eine besondere Ausführung, bezwecken. Auf diese Verschiedenheit des Zwecks stützt sich ein wesentlicher Unterschied in den Voraussetzungen der einzelnen Arten von unbedingten Mandaten. Denn die erstern können bei allen Arten von Rechtsverhältnissen vorkommen und erfordern keine vollständige Beweisführung, sondern nur ähnliche Bescheinigungen, wie sie bei einem zu verhängenden Arreste vorausgesetzt werden, jedoch so, daß, der Natur der Mandate entsprechend, nur solche Beweismittel benutzt werden können, welche einseitig, ohne Concurrenz des Gegners, angewendet, das Gericht schon überzeugen, also namentlich nicht Eidesdelation. Dergleichen provisorische Mandate werden bisweilen, wenn eine besondere Veranlassung vorliegt, auch ungebeten als Polizeimaßregel erkannt. Bei allen solchen Provisorien wird aber die Einleitung zu einem Wechselverfahren, wie dies beim Arrestprocesse geschieht, nicht gemacht. — Dagegen ergehen die unbedingten Mandate, welche eine definitive Auseinandersetzung wenigstens für den summarischen Proceß bezwecken, nie von Amtswegen, und erfordern die vollständigste Liquidität aller rechtlichen und factischen Voraussetzungen, jedoch ohne vorgängiges Gehör des Gegners. Es leiden daher dergleichen Mandate zwar bei petitorischen Ansprüchen, jedoch nicht leicht, wenn diese dinglicher Natur sind, Anwendung, dagegen wol bei possessorischen Ansprüchen, besonders wo es sich um Erhaltung oder Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes handelt, nicht ebenso, wenn die Erwerbung des Besitzes in Frage

---

7) Bieneri System. proc., §. 275—281. Kori, Theorie des sächs. summarischen Processes, §. 129 fg.

ist, da in diesem Falle mehr jene erstere Gattung des mandatum sine clausula Platz greift; ferner wegen widerrechtlicher Procedur im Rechtsstreite [8]) (§. 289 a. E.) und unerlaubten Handlungen überhaupt; endlich aber wegen persönlicher Ansprüche aus Vertrags- oder diesen ähnlichen Verhältnissen, wenn darüber eine öffentliche Urkunde aufgesetzt ist, worin alle einzelnen Erfordernisse des Antrags klar ausgesprochen, auch alle nöthigen Verzichte geleistet sind. Auch die Executivclauseln sollen in einer solchen Urkunde nicht fehlen, wenn auch sie allein nicht genügen.

III. Das Gesuch um ein Mandat erfolgt in gewöhnlicher Vortragsform, enthält die Darstellung der Statthaftigkeit dieser Proceßart und in der Bitte das ausdrückliche Proceßgesuch um Erlassung eines unbedingten Mandats, im Uebrigen muß darin wegen der Bescheinigung [9]) sämmtlicher Erfordernisse das Entsprechende enthalten sein; von dem Antrage im Arrestprocesse weicht es aber darin wesentlich ab, daß eine Bescheinigung der Gefahr einer Veränderung in den Umständen des Impetraten nicht erforderlich ist. Das hierauf geeigneten Falles ergehende Decret hat die Form eines Decisivdecrets, also auch Entscheidungsgründe. Streitig ist, ob nach gemeinem Rechte in demselben, ähnlich wie im Arrestprocesse, zugleich ein Termin zum Nachweise, daß der Auflage genügt sei, anzuberaumen und die Parteien dazu vorzuladen seien. Bei den vom Kammergericht ausgehenden Mandaten ist dies allerdings vorgeschrieben [10]), und hat wol darin seinen Grund, daß die Gesetze, um das Ansehen dieses Gerichts zu erhalten, jeden Ungehorsam, zumal da, wo das öffentliche Interesse, wie dies die Regel bildet, in Frage war, ohne Rücksicht auf die Ungehorsamsbeschuldigung des Klägers, zur Kenntniß des Gerichts bringen wollten, damit er gestraft werde. Die Praxis der Landesgerichte läßt einen solchen Termin regelmäßig weg. Grolmann [11]) dagegen behauptet

---

8) Reichsabschied von 1594, §. 81.

9) Reichsabschied von 1594, §. 79. Jüngster Reichsabschied, §. 79 — „etlichermaßen bescheinen".

10) Reichsabschied von 1570, §. 84; von 1594, §. 57. Jüngster Reichsabschied, §. 159.

11) Grolmann in Martin's Magazin, I, Heft 2, S. 155 a. E.

auch nach gemeinrechtlicher Theorie die Nothwendigkeit eines solchen Termins bei allen Mandaten, welche von einem Gerichte erlassen werden, um dem Mandate die Rechtskraft, welche es an sich nicht hat [12]), einräumen und es vollziehen zu können. Allein da der Impetrat mit illiquiden Einreden auch nach erfolgter Parition noch gehört wird, alle liquiden Einreden dagegen ohnehin an die Zahlungsfrist u. s. w., bezüglich an diejenige Frist, welche zur Vollziehung der richterlichen Auflage gesetzt ist, gebunden sind, so verschwindet der Nutzen eines solchen Termins ebenso, wie dann, wenn der Impetrat auch dieser Ladung nicht Folge leistet. Denn es bedarf in diesem Falle ebenso gut, als wenn eine solche Citation gar nicht ergangen ist und Impetrat dem Mandate nicht gehorcht hat, einer Ungehorsamsbeschuldigung Seiten des Klägers, um das Verfahren fortsetzen zu können. Es erscheint daher eine solche Citation überhaupt nutzlos, wie denn namentlich auch in dem Falle, wenn der Impetrat der Auflage Genüge geleistet hat. Werden weder Einreden gegen das erlassene Mandat vorgebracht, noch auch demselben Folge gegeben, so tritt dann auf erneuerten Antrag des Impetranten für diejenigen Punkte, welche liquid sind, die Androhung und Vollstreckung der Execution ein, während die Ausführung des Uebrigen der Liquidationsinstanz vorbehalten bleibt.

IV. Da nun aber alle mandata sine clausula nicht anders erlassen werden sollen, als wenn die Thatsachen des Klaggrundes genügend bescheinigt sind, so würde eine Litiscontestation im heutigen Sinne für diese Proceßart ebenso unnöthig als fruchtlos sein, indem Alles, was etwa geleugnet werden könnte, durch die beigebrachte Bescheinigung bereits widerlegt sein müßte. Aus diesem Grunde beschränkt sich die Vertheidigung [13]) des Impetraten im unbedingten Mandatsprocesse lediglich auf Einreden,

---

Bayer, a. a. O., §. 9 a. E. Mittermaier, a. a. O. (2. Aufl.), S. 206, 207.

12) L. 5 C. de commin. (7, 57). Gönner, Handbuch, I, Abh. 7, §. 9, 20; III, 335.

13) Reichsabschied von 1594, §. 77. Pfeiffer, Praktische Ausführungen, I, 305. Bayer, a. a. O., §. 12 fg. Schmid, a. a. O., S. 160 fg.

welche wiederum sämmtlich nur darauf hinauslaufen, daß das unbedingte Mandat erschlichen sei. Insbesondere wird in demselben ausgeführt, entweder in Rücksicht auf die Form, daß das Mandat ohne Beobachtung der gesetzlichen Erfordernisse eines solchen erlassen worden sei, was mit andern Worten die Einrede der unrichtig gewählten Proceßart ausmacht, oder in Rücksicht des Inhalts, daß das erlassene Mandat ungerecht sei, indem bald behauptet und zu bescheinigen versucht wird, daß die im Vortrage des Impetranten enthaltenen Thatsachen falsch erzählt und bescheinigt seien, bald die Widerrechtlichkeit des Mandats daraus zu zeigen unternommen wird, daß angeführt und bescheinigt wird, es seien vom Impetranten eigene relevante Thatsachen verschwiegen worden. Den erstern Fall bezeichnet man als die exceptio subreptionis, den letztern als die exceptio obreptionis, und veranlassen beide Fälle einen Gegenbeweis, der erstere den directen, der letztere den indirecten. Illiquide Einreden würden dagegen bei diesem Verfahren völlig unstatthaft sein, indem auch hier die Rechte beider Parteien gleich sein sollen, und deshalb bei den Einreden nicht weniger als bei der Klage vollständige Liquidität vorausgesetzt wird. Bei den dem Impetraten gestatteten beiden Arten des Gegenbeweises sind aber nicht nur alle diejenigen Beweismittel erlaubt, deren sich der Kläger, um das Mandat auszuwirken, bedienen konnte, sondern auch alle solche schnelle Beweismittel, welche noch des Gegners Gehör voraussetzen und folgeweise vom Impetranten nicht angewendet werden konnten. Denn dem Impetraten ist nicht daran gelegen, sogleich durch ein neues Mandat freigesprochen zu werden, es genügt ihm vielmehr die Freisprechung durch ein Urtheil, vor welchem her der Impetrant immerhin gehört werden mag. Gleiche Grundsätze werden dann auf die Repliken, wodurch der Kläger sich gegen jene Einreden zu vertheidigen sucht, vermöge des Grundsatzes angewendet, daß der Replicant wie ein Excipient zu behandeln ist. Keine von beiden Parteien kann sich aber bei diesen Verhandlungen der Eideszuschiebung, abzuhörender Sachverständiger oder Zeugen bedienen. Sollte es daher dem Impetraten an der erforderlichen Bescheinigung seiner Einreden fehlen, so thut er besser, dem erlassenen Mandate vorläufig Folge zu leisten, dabei gegen eine daraus zu folgernde Anerken-

nung der Rechtmäßigkeit desselben zu protestiren und die Ausführung seiner Ansprüche in einem abgesonderten Verfahren sich vorzubehalten, dann aber von neuem als Kläger in einer andern Proceßart aufzutreten. — Weil übrigens ein einmal erlassenes Mandat seine Kraft niemals von selbst verliert, so endigt sich das Mandatsverfahren, sobald der Beklagte Einreden dagegen vorgetragen hat, jedesmal entweder mit Cassation oder Bestätigung des früher erlassenen Mandats [14]). Dies geschieht in beiden Fällen in einem Urtheile, welches davon den Namen sententia cassatoria oder paritoria führt.

V. Von dem Bisherigen wesentlich abweichend sind die Grundsätze, welche von dem bedingten Mandatsprocesse [15]) gelten. Denn in den Fällen, wo diese Proceßart zur Anwendung kommt, wird in dem auf die Klage erlassenen Befehle dem Impetraten zwar auch aufgegeben, den Impetranten innerhalb einer darin bestimmten Zeit zu befriedigen, allein es wird ihm doch zugleich ausdrücklich gestattet, ungehorsam zu sein, sobald er innerhalb derselben Frist die rechtlichen Gründe seiner Weigerung im Gerichte vorzutragen vermag. — Vor dem ordentlichen Proceßverfahren genießt diese Proceßart nur in dem Falle Vorzüge, wenn dergleichen Gründe nicht geltend gemacht sind. Denn dann verliert der Impetrat für diesen Proceß alle Einreden, welche er hätte geltend machen können, und es wird außerdem angenommen, die Litiscontestation sei affirmativ erfolgt; daher nun durch ein unbedingtes Mandat ihm aufgegeben wird, den Impetranten zu befriedigen. Bringt aber der Beklagte Einreden vor, so wird der Proceß in den ordentlichen umgeleitet, und es werden alsdann alle Einreden, auch illiquide aller Art, sowie alle Beweismittel [16]) zugelassen. — Rechtsmittel finden gegen ein bedingtes Mandat überall nicht statt, wie es denn überhaupt nicht rechts-

---

14) Deputationsabschied von 1600, §. 61. Jüngster Reichsabschied, §. 76, 77, 80.

15) Mittermaier, a. a. O. (1. Aufl.), S. 146 fg. (2. Aufl., S. 218 fg.). Schmid, a. a. O., III, 164 fg., §. 203 fg. Bayer, a. a. O., §. 16 fg.

16) Reichsabschied von 1594, §. 80. Jüngster Reichsabschied, §. 80 u. 81.

kräftig werden kann, da es dem Impetraten nichts aberkennt, und nur die Natur eines einfachen Interlocuts hat. — Eine Aufzählung oder Bestimmung der Fälle, in welchen das bedingte Mandat zuzulassen sei, findet sich in den Reichsgesetzen [17]) nicht, vielmehr ist deren Anwendung dem richterlichen Ermessen überlassen. Man hat daher von folgenden Grundsätzen [18]) dabei auszugehen. Bei Real- und Statusklagen findet diese Proceßart, sobald petitorisch geklagt wird, überall nicht statt, wogegen sie, wenn nur possessorisch geklagt ist, allenthalben und ebenso bei Klagen auf Erfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit, Anwendung leidet, sobald nur bei den letztern die klagbar gemachte Forderung nach den Verhältnissen der Parteien nicht sehr groß und dabei genau specificirt ist, auch nicht rechtlich in gewisser Ungunst steht, wie z. B. Forderungen aus der Bürgschaft einer Frau, Darlehne, welche ein Haussohn aufgenommen hat; oder in solchen Fällen, welche, wenn sich nicht einige Mängel an der Bescheinigung vorfänden, zum Executiv- oder unbedingten Mandatsproceß geeignet wären; oder wenn ebenso gut der unbestimmte summarische Proceß angewendet werden könnte; oder endlich wenn der Anspruch durch rechtliche Vermuthungen und Begünstigungen unterstützt wird. Im Allgemeinen kann man wol sagen, es findet diese Proceßart statt, wenn die Gerechtigkeit der Klage sehr wahrscheinlich, daß Einreden dagegen vorhanden seien aber unwahrscheinlich ist.

VI. In Ansehung der Art des Verfahrens ist Folgendes zu gedenken. Die den allgemeinen Erfordernissen einer Klage entsprechende, mündlich oder schriftlich angebrachte Imploration enthält, wenn dies nicht schon an sich offenbar ist, eine Ausführung, daß in diesem Falle ein bedingtes Mandat erlassen

---

17) Die Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, §. 23, nennt nur im Gegensatze der unbedingten Mandate die bedingten; der Reichsabschied von 1594, §. 75, bestätigt im Allgemeinen den Gerichtsgebrauch, welcher in Bezug auf dieselben bei dem Kammergericht stattfand; und der Jüngste Reichsabschied, §. 80, 81, bezieht sich blos auf das Verfahren dabei.

18) Ueber die verschiedenen Ansichten hierüber vergl. Bayer, a. a. O., S. 50, Note 6. Schmid, a. a. O., §. 203, Note 3. Mittermaier, a. a. O. (2. Aufl.), S. 219 fg.

werden könne, und zugleich die Bescheinigung der factischen Unterlagen des Gesuchs durch öffentliche Urkunden oder die Protokolle über außergerichtliche Vernehmungen von Zeugen und sodann die entsprechende Proceßbitte. Andere Beweismittel, wobei der Implorat erst gehört werden muß und namentlich auch der Eid, sind nicht gestattet [19]). — Auf die Imploration erfolgt dann entweder ein Decret, wodurch unter Zurückweisung der Proceßbitte dem Imploranten aufgegeben wird, sich auf die Imploration einzulassen [20]), oder das bedingte Mandat selbst als ein Decret, wodurch die Imploration nebst deren Anlagen dem Imploraten mitgetheilt und alternativ eine Frist gesetzt wird, um entweder den Imploranten zu befriedigen und die entstandenen Kosten zu tragen, oder Einreden vorzuschützen. Ist der Implorat gegen drei solche Mandate, oder gegen eins, welches ausdrücklich anstatt dreier erlassen ist, ungehorsam, so folgt darauf ein unbedingtes Mandat, an welches sich dann die Executionsinstanz anschließt. — Ist dagegen die Einlassung negativ erfolgt, oder sind die vorgetragenen Einreden nicht offenbar unerheblich, dann tritt unter vorläufiger Suspension des Mandats, welches am Ende aufgehoben oder bestätigt wird, der ordentliche Proceß ein. — Sind dagegen alle Einreden offenbar unerheblich und ist außerdem die Imploration zugestanden, so erfolgt ein unbedingtes Mandat, gegen welches dann auch Rechtsmittel, welche indessen Suspensiveffect haben, zulässig sind. — Zum Vortrage von Einreden können Fristen ebenso wie im ordentlichen Processe gesucht werden.

---

19) Gönner, Handbuch, II, Abh. 51, §. 3.

20) Diese Art zu decretiren findet Gönner, a. a. O., I, Abh. 10, §. 12, Satz 5, bedenklich, weil es ungewiß sei, ob sie der Absicht des Imploranten entspreche.

§. 250—252.

II. Von den bestimmten summarischen Processen, welche die Verfahrensart nur modificiren.

1) Vom Executivprocesse [1].

I. Obgleich in den deutschen Reichsgesetzen [2]) des 17. Jahrhunderts der Executivproceß als eine gemeinrechtliche Proceßart ausdrücklich anerkannt worden ist, so fehlen doch im gemeinen Recht alle und jede Bestimmungen über seine rechtliche Beschaffenheit. In einzelnen Territorien [3]) dagegen galt diese Proceßart schon viel früher, theils durch den Gerichtsgebrauch eingeführt, theils durch ausdrückliche Landesgesetze begründet, indem man sich dabei besonders nach dem Vorbilde eines summarischen Verfahrens gerichtet hat, welches in Italien bei den sogenannten instrumentis guarentigiatis oder guarantigionatis beobachtet wurde und schon von den Schriftstellern der ältern Zeit als Executivproceß [4]) bezeichnet wird. In Deutschland hat man diese Ausdrücke beibehalten und scheint sich der Name Executivproceß [5]) namentlich darauf zu stützen, daß bei dem-

---

1) Kori, Executionsproceß (Jena 1826). Mittermaier, Vergleich. d. gem. deutschen Proc. Beitr. 4, S. 106 fg., §. 5 (2. Aufl., S. 154 fg.). Schmid, Handbuch, III, 169 fg., §. 205 fg. Bayer, Summarische Processe, §. 40 fg.

2) Jüngster Reichsabschied, §. 107, 174. Fortsetzung des Reichsabschiedsanfangs von 1671, „Fünftens". Emminghaus, Corp. jur. Germ., II, 376 (1. Aufl.).

3) Reformation des baierischen Landrechts von 1518, Tit. 7, Art. 7. Chursächs. Landesordnung von 1555. Titel „über versatzte Brief und Siegel".

4) Siehe über die Geschichte des Executivprocesses: Briegleb, Ueber executorische Urkunden und Executivproceß (2. Aufl., Stuttgart 1845). Gett, Der Executivproceß in der Ausbildung der deutschen Particulargesetzgebung und Gerichtsgebräuche (Nürnberg 1841). Im Abrisse Bayer, a. a. O., §. 41 fg. Auch Ortloff, Dissert. de process. execut. origine et natura (Jena 1854), welcher dessen deutschen, insbesondere sächsischen Ursprung nachzuweisen sucht.

5) Briegleb, a. a. O., I, §. 13.

selben schriftliche Geständnisse des Beklagten zu Grunde gelegt sind, welche er nur noch gerichtlich anerkennen soll, und auf welche hin man sich vermöge des Grundsatzes: „Confessus in jure pro judicato habetur" für berechtigt hielt, alsbald mit der Execution gegen ihn vorzuschreiten. — In Italien gab der damals lebhafte Handelsverkehr der einzelnen Länder die Veranlassung zu einer solchen Proceßart, in Deutschland aber hat man theils diesen Grund, theils außerdem den Umstand beachtet, daß durch die Reichsgesetze verschiedene Maßregeln aufgehoben wurden, welche, wenn sie auch in älterer Zeit dazu dienen mochten, die Gläubiger wegen pünktlicher Zahlung von Seiten ihrer Schuldner sicher zu stellen, doch sämmtlich zuletzt auf eine Selbsthülfe hinausliefen, welche mit den Bestimmungen über den ewigen Landfrieden unvereinbar war. Zu diesen Maßregeln sind namentlich die in den Schulddocumenten enthaltenen Clauseln des Schelmscheltens, des Einlagers u. s. w. zu rechnen. Zwar war im Reichsabschiede von 1600, §. 32, die Zulässigkeit der unbedingten Mandate für gewisse Arten von Schuldverschreibungen anerkannt; allein diese Vorschrift galt doch nur von öffentlichen Schuldbriefen, deren sich gerade die Kaufleute am wenigsten zu bedienen pflegen, und so erschien namentlich für Privatschuldscheine der italienische Executivproceß besonders empfehlenswerth.

II. Sollte es nun an genügenden Landesgesetzen, welche die Natur des Executivprocesses für das einzelne Territorium näher bestimmen, fehlen, so werden folgende allgemeine Grundsätze dieselben am richtigsten charakterisiren: 1) Der Zweck des Verfahrens war kein anderer, als dem Gläubiger schleunige richterliche Hülfe gegen einen Schuldner zu verschaffen, der mit Tilgung einer anerkannten Schuld im Rückstand verblieben ist, und eben dadurch zugleich den öffentlichen Credit zu sichern. Den Gegenstand [6]) dieser Proceßart können daher nicht wohl alle selbständigen Realrechte bilden, weil bei diesen ohnehin das gegenseitige Verhältniß ebenso wenig durch Urkunden liquid ge-

6) Ueber die verschiedenen Ansichten: Bayer, a. a. O., §. 42ª. Schmid, a. a. O., S. 174 fg., welcher die Liquidität als alleiniges Kriterium der Zulässigkeit betrachtet, S. 177.

macht wird, als bei solchen Ansprüchen von jenen oben erwähnten Clauseln, als z. B. des Einlagers, die Rede war. Wohl aber läßt sich der Executivproceß da, wo Hypothekenrechte gegen den Verpfänder selbst, nicht aber gegen einen dritten Besitzer der Hypothek geltend gemacht werden sollen, mit Recht anwenden, indem theils die Hypothek ebenfalls dazu dienen soll, die Zahlung zu sichern, theils aus einem schriftlichen Hypothekenvertrage, gegen dessen Aussteller Alles bewiesen werden kann, was für den Executivproceß gegen ihn von Erheblichkeit ist, sollte er selbst eine fremde Sache verpfändet haben. Dagegen macht es bei Anwendung des Executivprocesses auf Obligationsverhältnisse keinen Unterschied, ob denselben blos ein Contract oder ob ihnen ein Quasicontract zu Grunde liegt. Daher ist es wol auch die richtigere Meinung [7]), daß Legatare, welche mit einer persönlichen Klage gegen den Erben, welcher die Erbschaft angetreten hat, auf Bezahlung dringen, auch im Executivproceß dann klagend auftreten können, wenn sie Alles, selbst den Erbschaftsantritt, auch durch Urkunden liquid zu machen vermögen. — 2) Die Voraussetzungen [8]) des einzuleitenden Executivprocesses bestehen in zwei Hauptpunkten, einmal in der Liquidität des verfolgten Anspruchs, dann aber in der Nothwendigkeit, den Beklagten vorher erst noch zu hören. Jene Liquidität kann aber nur [9]) durch Urkundenbeweis geliefert werden, wie sich denn auch die bereits mehrerwähnten Clauseln nur in Documenten fanden. Es wird daher verlangt, daß alle erheblichen Behauptungen der Klage alsbald mit Urkunden belegt sind, gleichviel ob mit einer oder mit mehren getrennten, daß ferner alle diese Urkunden tadellos abgefaßt sind und, unter der Voraussetzung ihrer Echtheit, vollen juristischen Glauben verdienen. Hieraus ergibt sich, daß die Klage im Executivprocesse recht vorsichtig abgefaßt

---

7) Anderer Meinung Bayer, a. a. O., §. 42 a. E. Siehe jedoch Mittermaier, a. a. O. (2. Aufl.), S. 172.

8) Seuffert u. Glück, Blätter für Rechtsanwendung, S. 22 fg. Mittermaier, a. a. O., S. 177. Schmid, a. a. O., S. 171 fg.

9) Ob Eidesdelation über Nebenpunkte zulässig sei, ist zweifelhaft. v. Bülow u. Hagemann, a. a. O., I, Erört. 2, §. 3. Kori, a. a. O., §. 12. Schmid, a. a. O., S. 172, Note 5. Bayer, a. a. O., §. 43, Note 2, 3.

sein muß, damit nichts Unnöthiges angeführt wird, was, wenn es einmal behauptet ist, einen Urkundenbeweis nöthig machen würde. Die ältern Juristen stellten daher als Regel auf, daß mit Urkunden belegt werden müsse quis, cui, quid, quale, quantum, cur, quando, ubi; indeß bedarf es der Angabe eines gewissen Zahlungsorts [10]) dann nicht, wenn sich der Kläger auf jeden Fall anheischig macht, das Interesse zu gewähren, was aus der Bestimmung des Zahlungsorts abgeleitet werden kann, oder wenn aus der Eingehung des Vertrags selbst erhellt, wo in einzelnen Fällen nach der richtigen Theorie von den Zahlungen der Zahlungsort sein müsse. Aus diesen Gesichtspunkten ergibt sich ferner die Entscheidung der Streitfrage [11]), ob aus einem Documente executivisch geklagt werden könne, welchem die exceptio non numeratae pecuniae mit Erfolg entgegengesetzt zu werden vermag. Dergleichen Urkunden haben allerdings an und für sich keine verringerte Glaubwürdigkeit, und der Richter kann sie von Amtswegen nicht zurückweisen; sobald aber jene Einrede wirklich vorgeschützt wird, ist der Kläger verpflichtet, auf andere Weise die geschehene Zahlung zu beweisen; ob ihm dies aber im Executivprocesse möglich ist, muß die Lage des einzelnen Falles ergeben. Keineswegs läßt sich jedoch behaupten, daß der Kläger schuldig sei, diesen Beweis zu anticipiren. — Was dagegen die zweite Voraussetzung des Executivprocesses, daß der Beklagte vorerst noch gehört werden müsse, betrifft, so ergibt sich deren Nothwendigkeit aus der Verschiedenheit dieses und des unbedingten Mandatsprocesses. Das Mandatsverfahren würde nämlich überall dann stattfinden, wenn sämmtliche Behauptungen der Klage sofort durch öffentliche Urkunden liquid gemacht würden, weil solche

10) L. 38 D. de judic. (5, 1). L. 4 i. f. D. de condict. tritic. (13, 3). L. 22 D. de reb. cred. (12, 1). L. 1 D. de annuis legat. (33, 1). L. 47, §. 1, D. de legatis (1, 30). Thibaut, Pandektenrecht, §. 95. Puchta, Pandekten, §. 246. v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, II, Erört. 48.

11) Gönner, Handbuch, IV, Abh. 77, §. 5. Glück, Commentar, XII, 159 fg. Weber, Beiträge zur Lehre von Klagen, II, 79 fg. Sintenis in K. u. W. Sell's Jahrbüchern, I, 254. — Ueber den Beweis der Erfüllung Seiten des Klägers vergl. Heerwart im Archiv für civil. Praxis, VII, 350 fg.; aber oben §. 95—97, S. 493.

Documente nach gemeinem Rechte der Recognition nicht bedürfen, und deshalb zugleich ein unbedingter Befehl zu zahlen erlassen werden könnte. Der Executivproceß dagegen wird dann angewendet, wenn die vorgelegten Urkunden wenigstens zum Theil noch einer Recognition bedürfen und deshalb der Beklagte in dieser Richtung noch zu hören ist.

III. Aus Alledem erklärt sich 3) der Proceßgang im Executivverfahren. Denn dasselbe soll nicht, wie der bedingte Mandatsproceß, blos im Falle des Ungehorsams des Beklagten seinen Nutzen äußern, weil es sonst der Beklagte in seiner Gewalt hätte, dem Kläger den Vortheil dieser Proceßart zu entziehen, sondern auch dann eintreten, wenn der Beklagte auf die an ihn zu erlassende Ladung wirklich erscheint, indem dann die summarische Behandlung der Sache jedenfalls ihre Anwendung behält. Es wird nämlich der geladene und erschienene Beklagte nur mit liquiden Einwendungen gehört, und als solche werden nur diejenigen betrachtet, welche in allen Beziehungen nur durch Urkunden bewiesen werden. Fehlt es an solchen Beweismitteln, so gehen die Einreden zwar nicht ganz verloren, werden aber zu besonderer Ausführung verwiesen, indem hier streng das Princip angewendet wird: liquidi cum illiquido nulla est compensatio. Eben darum sind die Enderkenntnisse im Executivprocesse selten völlig definitive, sondern meistens nur provisorische Auseinandersetzung der Parteien, indem nicht nur dem Beklagten die Zurückforderung des Gezahlten durch gesonderte Ausführung seiner illiquiden Einreden vorbehalten bleibt, sondern auch der Kläger, falls Beklagter die vorgelegten Urkunden eidlich abgeleugnet hätte, nur angebrachtermaßen abgewiesen werden kann. Denn durch jenen Eid des Beklagten ist zwar ein Beweismittel des Anspruchs verloren gegangen, dem Kläger aber muß es vorbehalten bleiben, sich seiner übrigen Beweismittel bei Verfolgung des Anspruchs im ordentlichen Processe zu bedienen, so daß der Anspruch selbst nicht ohne Weiteres zugleich mit jenem einen Beweismittel verloren gegangen ist. Daher ist denn auch bei Abfassung solcher Endurtheile um so größere Vorsicht anzuwenden, je weniger man im Executivprocesse dem Kläger gestatten kann, die eidliche Ableugnung der Urkunden, sei es durch Kunstverständige oder eigentliche Zeugen, abzuwenden, weil dies eine

wahre Klagänderung sein würde, welche gegen den Willen des Beklagten unzulässig ist. Es bleibt daher in einem solchen Falle dem Kläger, welcher sich dieser Mittel zur Abwendung des Diffessionseides bedienen will, nur übrig, auf den Executivproceß zu verzichten, die bisher erwachsenen Kosten zu bezahlen und dann in einem neuen Processe, und zwar im ordentlichen Verfahren, seine Ansprüche auszuführen.

IV. Ueber das Verfahren[12]) im Executivprocesse ist zu den §§. 251 und 252 nur noch Folgendes hinzuzufügen. Nach den Landesgesetzgebungen sind diese Processe sehr häufig an ein besonderes Gericht verwiesen, namentlich in Städten, wo landesherrliche und Patrimonialgerichte bestehen, an die erstern. Die Legitimation der streitenden Theile zur Sache gehört, wo sie sich nicht von selbst aus dem Uebrigen ergibt, zu den zu erweisenden Umständen der Klage, z. B. die erfolgte Cession selbst dann, wenn es in der Schuldverschreibung heißt, „jedem Inhaber der Obligation"; die Qualität als Erbe u. s. w. Ist der Schuldner in Concurs verfallen, so findet diese Proceßart gegen den Massevertreter keine Anwendung. Der Klaglibell, der auch mündlich zu Protokoll vorgetragen werden kann, hat nur in Ansehung der Proceßbitte Eigenheiten in der Abfassung. Diese muß nämlich dahin gehen, daß ein Termin zur Vorlegung und Anerkennung oder Diffession der Urkunden anberaumt, hierzu der Beklagte bei Strafe des Anerkenntnisses vorgeladen und ihm aufgegeben werde, seine in dieser Proceßart zulässigen Einreden spätestens im Termine vorzubringen, und endlich, daß der Beklagte im Falle der Anerkennung bei Meidung sofortiger Execution verurtheilt werde, den Kläger für Haupt- und Nebenforderungen zu befriedigen. Man vermeide namentlich ein Gesuch um eine Auflage zur Litiscontestation, und fordere nur rücksichtlich der Punkte Einlassung, über welche etwa nach Landesgesetzen zulässigerweise der Eid angetragen worden ist. Häufig ist eine Ausführung über die Statthaftigkeit dieser Proceßart dienlich; eine Cumulation mehrer Ansprüche aber nur dann zulässig, wenn sie alle sich zum Executiv-

---

12) Schmid, a. a. O., §. 207, S. 177 fg. Bayer, a. a. O., §. 44—47. Beispiele in Bergmann's Einleitung (2. Aufl.), S. 181—202, Nr. 15.

proceß eignen. — Die Edition von Urkunden, welche zu diesem Processe benutzt werden sollen, muß nicht erst jetzt gesucht werden, sondern schon vorher in einem präparatorischen Verfahren verlangt worden sein. Die Urkunden, welche als Beweismittel der Klage dienen sollen, müssen derselben wenigstens in Abschrift beigefügt und dann im Agnitionstermin im Originale vorgelegt werden. Ihrer äußern Form nach aber müssen dieselben vom Beklagten oder dessen Erblasser wo nicht geschrieben, doch unterschrieben sein, oder laut des Inhalts von einem Dritten in deren Auftrage mit ihrer Unterschrift versehen worden sein. Die Untersiegelung einer Urkunde allein genügt nur bei den von juristischen Personen ausgestellten, welche ein öffentliches Siegel haben; ein Mangel des Siegels schadet aber der Urkunde nicht, wogegen ein bloßer Namenszug oder drei Kreuze keinesfalls genügen. In den Urkunden müssen ferner Jahr und Tag angegeben, Abbreviaturen, Rasuren oder Veränderungen an wesentlichen Stellen nicht bemerkbar, auch weder Beziehungen auf andere im Wesentlichen nicht wiederholte Urkunden, noch bloße Extracte solcher enthalten sein.

§. 253.

2) Von dem Adhäsionsprocesse [1]).

I. Eine vereinigte Verfolgung des Civilinteresse aus verübten Verbrechen mit dem Rechte auf die öffentliche Bestrafung derselben ist dem Römischen Rechte völlig unbekannt; denn die meisten Verbrechen, wobei eine solche Verbindung hätte in Frage kommen können, wie z. B. Diebstähle, waren lediglich mit Privatstrafen bedroht, und wurden daher nicht im förmlichen Criminalverfahren erörtert und abgeurtheilt; dagegen konnte die Schadensklage mit dem Anspruche auf die Privatstrafe nach den Regeln der Cumulation auf dem gewöhnlichen Civilwege geltend gemacht werden. Dem gegenüber findet sich jedoch nicht die

---

1) Kleinschrod, Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte, III, Abh. 16. Müller, Lehrbuch des Criminalprocesses, §. 245 fg. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, §. 15, 33, 48, 63, S. 516 fg.

mindeste Spur, daß im eigentlichen Criminalprocesse bei dem accusatorischen Verfahren der peinliche Ankläger, welcher vielleicht zugleich der Beschädigte war, sein Privatinteresse zugleich hätte geltend machen können. — Seitdem man aber in Deutschland für die Criminalsachen den Inquisitionsproceß eingeführt hat und ein accusatorisches Verfahren so selten vorkommt, haben es die deutschen Gesetze für billig gehalten, in dem Criminalprocesse zugleich über das Privatinteresse, welches Jemand aus einem begangenen Verbrechen zu verfolgen haben könnte, miterkennen zu lassen. In der Peinlichen Gerichtsordnung kommt das namentlich bei allen Fällen vor, wo Jemand mit Unrecht in einen Criminalproceß verwickelt worden ist, und deshalb hinterdrein auf Schadensersatz, Ehrenerklärung u. s. w. anträgt. Denn in solchen Fällen wird dem Beschädigten ausdrücklich erlaubt [2]), bei dem bisherigen Gerichte eine derartige successive Widerklage zu erheben, sollte dasselbe gleich für gewöhnlich keine Civiljurisdiction haben. Nur hat das Gesetz dabei anerkannt, daß diese Procedur aufhöre eine criminelle zu sein, vielmehr nach dem bürgerlichen Rechte [3]) behandelt werden müsse und dem Beschädigten die Wahl, ob er nicht lieber bei dem bürgerlichen Gerichte klagen wolle, überlassen. Allein eine successive Verbindung der Regreßklage wegen eines unbegründeten Criminalprocesses ist nicht das, was man eigentlich Adhäsionsproceß nennt; denn dieser bezeichnet vielmehr eine gleichzeitige Verfolgung des Schadensersatzes und der öffentlichen Strafe im Wege des Criminalverfahrens, mag das letztere accusatorisch oder inquisitorisch sein. Auch die Peinliche Gerichtsordnung enthält genau genommen von dieser Adhäsion nichts, da selbst die Artikel 207—213 einen andern Fall betreffen.

II. In der Praxis dagegen hat man aber in Erwägung gezogen, daß sich bei mehren Verbrechen die Strafe nach der Größe des im einzelnen Falle gestifteten Schadens richten müsse, z. B. in den Fällen der Artikel 112, 118, vorzüglich 160, der Peinlichen Gerichtsordnung, daß mithin die Pflicht des Criminal-

---

2) Peinliche Gerichtsordnung, Art. 207.

3) Peinliche Gerichtsordnung, Art. 12, 99, 201.

richters es in solchen Fällen mit sich bringe, das Schadensquantum auszumitteln, damit das Strafurtheil überhaupt gefällt werden könne. Wenn nun so das Interesse des durch das Verbrechen Beschädigten im Wege des Criminalprocesses aufgeklärt war, so trug man um so weniger Bedenken, sogleich im Strafurtheile den Thäter zum Schadensersatz zu verurtheilen, je gewöhnlicher es in älterer Zeit war, daß Civil- und Criminaljurisdiction einem und demselben Gerichte zustand, mithin ein forum connexitatis causarum vorlag, und deshalb die Entschädigung zugleich mitbestimmt werden konnte. Auf diese Weise entstand dann der eigentliche Adhäsionsproceß. Es hatte aber dieses Verfahren für den Beschädigten dann noch den Nutzen, daß der Beweis des Schadens ohne Mühe und Kosten für ihn sogar durch Mittel geführt wurde, welche dem Civilproceß fremd sind, z. B. durch ein mittelst der Tortur erpreßtes Geständniß. Dazu kam ferner noch, daß der Beschädiger, um die Strafe zu mindern, das gestohlene Gut möglichst herbeizuschaffen sich bestrebte, und daß der Beraubte, auch ohne eine Vindicationsklage anstellen zu müssen, das Seinige sogar von dritten Besitzern wieder erhielt, welche nöthigenfalls durch gerichtliche Hülfe oder Requisition dazu angehalten wurden. Nur in dem Falle, wenn die Objecte eines solchen Verbrechens nicht auszumitteln waren oder sonst die Quantität des Schadens illiquid blieb, weil etwa der Thäter nicht gestand, wurde der Beschädigte mit seinen Ansprüchen auf Schadensersatz zu gesonderter Ausführung verwiesen.

III. Wenn man nun von diesen Fällen eine Ausdehnung des Adhäsionsprocesses auf solche Verbrechen sich erlaubt, bei welchen die Quantität des gestifteten Schadens auf die Strafe selbst eigentlich keinen Einfluß hat, z. B. wo es sich bei geheilten Verwundungen um die Schmerzensgelder und Heilungskosten, sowie den Ersatz des während der verursachten Krankheit entbehrten Erwerbes, oder um Ansprüche der Familie des Getödteten auf Ernährung handelt, so hat das allerdings mehr Schwierigkeit und entbehrt im gemeinen Recht genauer Vorschriften. Man kann daher eine solche Art von Adhäsion, da sie ohnehin von der Willkür des Beschädigten abhängt, und dieser auf dem Civilwege oft viel schneller zur Befriedigung seiner An-

sprüche gelangt, als durch das Criminalverfahren, welches unter besondern Umständen eine ausführlichere Erörterung nöthig macht, anders nicht zulassen, als indem man nach den Grundsätzen des Civilprocesses 1) den Beschädigten zu einer genauen Angabe seiner Ansprüche auf Schadensersatz, welche hier die Stelle der Klagschrift vertritt, auffordert, und dann hierüber ein Wechselgehör, wenn auch nur mündlich zu Protokoll, veranlaßt. — Ist in einem solchen Falle aber 2) eine Beweisführung nicht zu umgehen, so sind dabei diejenigen Beweismittel, welche der Civilproceß gestattet, anwendbar[4]), sollten sie gleich für das Criminalverfahren unzulässig sein, wie z. B. die Eidesdelation und der Würderungseid. Es müssen ferner die für den Criminalzweck abgehörten Zeugen, sobald der Thäter es verlangt, weil er seine Vertheidigung dadurch führen zu können glaubt, nochmals über Artikel und Fragstücke vernommen werden, da die letztern im Criminalverfahren nicht angewendet worden waren. — Endlich treten 3) in Hinsicht aller solcher Schadensersatzansprüche die Grundsätze des Civilprocesses über die Lehre der Rechtskraft[5]) ein, während sie in Bezug auf die eigentliche Criminalstrafe von selbst wegfallen. Deshalb muß man beiden Interessenten gegen das Enderkenntniß die in beiden Richtungen erlaubten Rechtsmittel gestatten, und zwar in Ansehung des Schadensersatzes, da in Criminalsachen meistens die Anzahl der Rechtsmittel beschränkter ist als in Civilsachen, wenigstens nach richtiger Theorie, dieselbe Anzahl von Rechtsmitteln, welche im Civilprocesse gestattet sein würde, wäre dieser Anspruch vor dem Civilrichter verfolgt worden.

---

4) Peinliche Gerichtsordnung, Art. 207, 208, 213. Kleinschrod, a. a. O., I, Abh. 1, §. 33; III, Abh. 16, §. 18. Siehe auch Mittermaier, Strafverfahren, §. 6 fg.

5) Kleinschrod, a. a. O., III, Abh. 16, §. 25, 26. Oberländer in v. Zu Rhein's Jahrbüchern, II, 219 fg. v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, III, Erört. 73.

§. 254.

C. Von den unbestimmten summarischen Processen.

I. Ueberhaupt betrachtet.

Von denjenigen Rechtsstreitigkeiten, welche durch Gesetze oder Gewohnheitsrecht an und für sich im Allgemeinen [1]) für summarisch erklärt worden sind, ohne daß jedoch eine bestimmte Art des Verfahrens vorgeschrieben wäre, ist nur noch Einiges, theils im Ganzen darüber, worin sich die summarische Qualität derselben zeige, theils im Einzelnen über die processualische Natur derselben zu bemerken. In ersterer Beziehung ist zuvörderst darauf zu achten, ob der einzelne Fall zugleich noch für eine bestimmte summarische Proceßart geeignet wäre, z. B. zu einem unbedingten Mandate oder zum Executivprocesse, denn dann ist diese Proceßart um so mehr auf einen solchen Fall anzuwenden. Ist jedoch dies nicht der Fall, dann erst sind die landesgesetzlichen oder die im Paragraph angegebenen Regeln des gemeinen Rechts [2]) vom unbestimmt oder allgemein summarischen Processe auf einen solchen Rechtsstreit anzuwenden.

§. 255—257.

II. Insbesondere:

1) Vom Provocationsprocesse [1]).

I. Die Entstehungsgeschichte der speciellen Aufforderungen zum Klagen ist bereits oben (§. 98, I. u. II., S. 497 fg.) kurz an-

---

1) Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens, §. 221 fg. Gönner, Handbuch, IV, Abh. 71. Puchta in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, V, 107. Bayer, Summarische Processe, §. 48 fg.

2) Clem. 2, de V. S. (5, 11). Grolmann, a. a. O., §. 227 fg. Gönner, Handbuch, IV, Abh. 71, §. 11 fg. Mittermaier, Vergleich. d. gem. deutschen Proc. Beitr. 4, S. 107 fg. Heffter, Institutionen, S. 419 fg. Bayer, a. a. O., §. 49.

1) Außer den §. 98, Note 3, Genannten siehe Schmid, Handbuch, III, 24 fg., §. 178 fg. Bayer, Summarische Processe, §. 51 fg.

gedeutet und über deren rechtliche Natur Einiges erwähnt worden, als von der ihnen entgegengesetzten Art der allgemeinen Provocationen, der Edictalien außer dem Concurse, zu handeln war. Das Specielle dieser Lehre ist nunmehr nachzutragen. — Diese Aufforderungen zum Klagen, von denen man zwei Gattungen unterscheidet, die eine wegen Aeußerung nachtheiliger Behauptungen, gewöhnlich bezeichnet als provocatio ex lege diffamari (L. 5 C. de ingen. manumissis [7, 14]), die andere wegen des bei länger verzögerter Klage bevorstehenden Verlustes einer Einrede, gewöhnlich bezeichnet als provocatio ex lege si contendat (L. 28 D. de fidejuss. n. mandat. [46, 1]), sind präparatorische Rechtsmittel, wodurch bewirkt werden soll, daß der Provocat klagend gegen den Provocanten auftrete. Da ihr Zweck nur Vorbereitung einer andern Hauptsache ist, so sollen sie nur summarisch verhandelt werden (§. 237, II., S. 296 fg.), und es kann nur der künftige rechte Beklagte, also nicht der, welcher von dem andern etwas haben will, provociren, dagegen nur der provocirt werden, welcher wegen des fraglichen Objects der rechte Kläger sein würde, folglich wer ein Klagrecht hat oder behauptet — also bei Realrechten, mit Ausnahme der Servituten, ist das nicht derjenige, welcher sich im Besitz befindet [2]) (§. 91, S. 477 fg.) —, dessen Recht auch ein gegenwärtiges und nicht blos ein zukünftiges [3]) ist. Handelt es sich jedoch um ein Recht, welches durch eine lediglich zu Gunsten des Provocanten getroffene Zeitbestimmung oder Bedingung in seiner Wirksamkeit aufgehalten wird, so liegt in der Provocation zugleich ein Verzicht auf jene Zeitbestimmung oder Bedingung; daß es keine Provocationen gegen einen Dritten gibt, folgt schon aus dem natürlichen Principe, daß es keine Klage über das Recht eines Dritten gibt, und daß die Analogie der Fälle, wo ausnahms=

---

2) Francke im Archiv für civil. Praxis, XVIII, 221 fg.; bei Servituten ohne Unterschied, ob er im Besitz der Servitut ist oder nicht, daselbst S. 235. Ueber Provocation zur Erhebung der Negatorienklage gegen der Eigenthümer, daselbst S. 236.

3) Kori, Summarischer Proceß, §. 137, Note 5. Mittermaier Vergleich. d. gem. deutschen Proc. Beitr. 4, S. 264. Anderer Meinung Bayer, a. a. O., §. 53 a. E. Glück, Commentar, VI, 490. Schmid a. a. O., S. 40 fg.

weise eine solche gegeben ist, z. B. der lex Rhodia de jactu, hier unanwendbar ist; endlich daraus, daß durch die Provocation der Zweck derselben nicht erreicht wird, indem, wenn actio nondum nata gegen den wahren Berechtigten ist, der Dritte diesem durch Verzicht auf die Klage doch nichts vergeben kann. — Die Provocation ist bei dem Gerichtsstande des Provocanten[4]), welches demnächst das für die Hauptsache competente Gericht sein würde, zu erheben; hat der Provocat deren mehre, so wird durch die Provocation der Wahl des Provocaten nicht vorgegriffen, da durch die Provocation weder Rechtshängigkeit noch Prävention begründet[5]) wird. Den Streitgegenstand bildet die Verpflichtung zur Klagerhebung und deren Folgen. — Die summarische Qualität des Provocationsprocesses veranlaßt zwar nicht eine summarische Behandlung der Hauptsache, entzieht dieser aber andererseits auch eine solche Qualität nicht. Endlich wird durch die Provocation, da sie nur zu Gunsten der Provocanten gereicht, die Klagenverjährung nicht, eher die der Einreden unterbrochen[6]). — Ueber das Verfahren dabei enthält das gemeine Recht keinerlei Vorschriften.

II. Die provocatio ex lege diffamari kann als Aufforderung zum Klagen sich natürlich nur auf solche Diffamationen beziehen, vermöge deren der Diffamant, welcher provocirt wird, ein Rechtsverhältniß zum Provocanten behauptet, in Folge dessen ihm ein Klagrecht gegen denselben zustehen soll; andere nachtheilige Aussprengungen, namentlich alle Injurien und Verleumdungen, können hierher nicht gehören, sobald der Provocat nicht

---

4) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 25: „Nicht anders dann so die ansuchende Partei (Provocant), die in der Hauptsache Antwurter, der kayserl. Majestät und Reich ohne Mittel unterworfen"; auch a. E. Chop im Archiv für civil. Praxis, XIII, 337 fg. Schmid, a. a. O., §. 183, S. 48 fg. Bayer, a. a. O., §. 55, 61. Anderer Meinung: Lotz, Civilistische Abhandlungen, S. 163 fg. v. Linde, Lehrbuch, §. 336, Note 10.

5) Jüngster Reichsabschied, §. 83 a. E. v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, III, Erört. 62 a. E. Glück, a. a. O., S. 495. Bayer, a. a. O., §. 55 a. E.

6) Glück, a. a. O., XII, 144. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis, VIII, 256.

eine Thatsache behauptet hat, woraus er gegen den Provocanten zu klagen befugt sein würde, z. B. der Vorwurf eines vom Provocanten an Provocatem begangenen Diebstahls. Allein die Reichskammergerichtsordnung hat ausdrücklich auch wegen bloßer Ehrenkränkungen, welche sie „Schmähsachen" nennt, eine Aufforderung zum Klagen gestattet [7]). Diese hat dann natürlich nicht den Zweck, den Injurianten zum Klagen aufzufordern, wohl aber den, die präparatorischen Verhandlungen zu veranlassen, wodurch der Einrede der Wahrheit im eigentlichen Injurienprocesse begegnet werden soll. Deshalb sind in der That auch nach den angegebenen Richtungen zwei Arten von Provocationen ex lege diffamari zu unterscheiden. Bei solchen Diffamationsklagen nun, wodurch im eigentlichen Sinne des Worts der Provocat veranlaßt werden soll, gegen den Provocanten selbst eine Klage zu erheben, hört der Provocationsproceß sogleich auf, wenn der Provocat zugesteht, die Diffamation vorgenommen zu haben, weil dann nur erkannt werden kann, Provocat habe in bestimmter Frist die gerühmten Ansprüche bei dem zuständigen Gericht klagend zu verfolgen; die Entscheidung über die Kosten des Diffamationsprocesses aber bis dahin, wo über die Hauptsache entschieden sein wird, ausgesetzt bleiben muß. Zwar geschieht es unter diesen Umständen sehr häufig, daß der Provocat, ohne förmlich Klage zu erheben, sogleich den Beweis der von ihm behaupteten Ansprüche, sei es

---

7) Reichsabschied von 1532, Tit. 3, §. 2: „Demnach ordnen Wir, daß der L. Diffamari an unserm Kammergericht verstanden und gebraucht werden soll in Friedbrüchigen, Schmach und andern Sachen und zwischen Partheyen Unserm Kammergericht ohne Mittel unterworfen." Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 10, §. 9. „Wo aber jemand den andern ohn rechtmäßige Ursache verdächtig machen und verläumden und denselben Verdacht im Recht nicht ausführen wollte, so soll der, wie jetzt gemeldt, verdächtig zu machen unterstanden wäre, Macht haben, den, so ihn dermaßen verdächtig zu machen unterstanden hätte, am Kammergericht oder seinem ordentlichen Gericht deshalben fürzunehmen ꝛc., und Tit. 25. Weber, Beiträge zur Lehre von Klagen u. Einreden, S. 28. Derselbe Ueber Injurien, II, 96. Chop im Archiv für civil. Praxis, XIII, 317 fg. Anderer Meinung: Glück, a. a. O., VI, 486 fg. Mittermaier, a. a. O., S. 258 fg. Schmid, a. a. O., S. 38 fg. Bayer, a. a. O., §. 54.

durch Einreichung von Beweisartikeln und durch Benennung von Zeugen zur Abhörung darüber, oder auch kurz und gut durch Eidesdelation antritt; allein ein solches Verfahren führt nur zu den größten Verwirrungen und sollte daher vom Richter nie geduldet werden, gesetzt auch, der nämliche Gerichtsstand, bei welchem der Diffamationsproceß bis jetzt verhandelt wurde, wäre für die Hauptsache competent. Denn auf jeden Fall führt der Mangel einer ordentlichen Klagschrift, Litiscontestation und eines Präclusivtermins sowol für die Einreden als für den Beweis und den Gegenbeweis zu Schwierigkeiten, welche nur die Folgen der unrichtigen Proceßleitung sind.

III. Sobald dagegen eine Provocation ex lege diffamari wegen solcher Injurien angebracht ist, welche dem Provocaten, wenn er sie ausgestoßen hat, keine Klagen gewähren, sondern höchstens das Recht, sich durch die Einrede der Wahrheit von der Privatsatisfaction und den Strafen wahrer Injurien frei zu machen; dann muß ein entgegengesetztes Verfahren eintreten. Es kann die Aufklärung über das ausgestreute Factum nicht, als wäre dies die Hauptklage, zu besonderer Ausführung verwiesen werden, sondern es bildet dasselbe eine Präjudicialfrage, welche als Bestandtheil des Provocationsprocesses vor allen Dingen erst beendigt werden muß. Der Provocant hat schon in seiner Provocation eine verneinende Einlassung auf die Einrede der Wahrheit abgegeben, und sich blos auf das Ableugnen derselben beschränkt; denn hielt er die Einrede der Wahrheit nach Beschaffenheit der ausgesprengten Injurien nicht für zuläßig, so würde er seinen Gegner nicht haben auffordern können, dieselben zu beweisen. Daher kann man die Praxis nur billigen, welche hier sogleich ein Beweisverfahren gestattet, und zwar nicht nur in dem Fall, wo der Provocat leugnet, eine beleidigende Aeußerung gethan zu haben, sondern selbst dann, wenn er dies einräumt, zugleich aber behauptet, daß das von ihm Geäußerte wahr sei. Mislingt der Beweis der Einrede der Wahrheit, so ist dadurch erst die Injurienklage möglich geworden, und im Provocationsproceß wird nichts weiter erkannt, als daß der Provocat in Ansehung des Ausgesprengten beständiges Stillschweigen zu beobachten und die Kosten des Provocationsprocesses zu erstatten habe. Dem Provocanten wird dagegen

jetzt keine Art von Genugthuung zuerkannt, theils weil er keine Injurienklage erhoben hat und ihm doch die Wahl zwischen der öffentlichen und der Privatstrafe gebührt, theils aber auch, weil der Provocat als Injuriant sich nicht blos mit der Einrede der Wahrheit, sondern auch mit andern Einreden, welche nicht Gegenstand des Diffamationsprocesses gewesen sind, schützen kann, z. B. mit der Einrede der Compensation. Gelingt dagegen der Beweis der Wahrheit, so fällt damit von selbst die Injurienklage hinweg. — Man hat daher die Frage aufgeworfen, ob nicht von Anfang an die provocatio ex lege diffamari, welche Injurien betrifft, successiv mit der eigentlichen Injurienklage cumulirt werden könnte, um nach der Eventualmaxime beide zugleich zu instruiren. Wäre zufällig dasselbe Gericht, bei welchem der Provocant, weil er demselben dingpflichtig ist, die Aufforderung angebracht hat, auch nach der Beschaffenheit der cumulirten Injurienklage die competente Obrigkeit des Provocaten, so würde sich die Statthaftigkeit einer solchen Cumulation nicht bestreiten lassen; außerdem aber würden beide Ansprüche zu trennen und an die verschiedenen Gerichtsbehörden nach und nach zu bringen sein.

IV. Es wird übrigens noch bei allen Provocationen ex lege diffamari die Frage[8]) verschieden beantwortet, ob selbst gegen die Erben des Diffamanten diese Aufforderung stattfinde, wenn auch dieselben sich einer ähnlichen Berühmung nicht bedient haben. Da nun der Provocant alle solche Aussprengungen als grundlos darstellt, sie mithin etwas Ungesetzliches enthalten sollen, so ist wol der Unterschied, den man in der Praxis macht, je nachdem der Diffamationsproceß mit dem Erblasser schon bis zur Litiscontestation gekommen sei oder nicht, keineswegs ungegründet. Denn nur im ersten Fall, außerdem aber nicht, können die Erben angehalten werden, den Proceß über die Aussprengungen des Verstorbenen fortzusetzen[9]).

---

8) Weber, Beiträge, I, Abh. 4, S. 31. Glück, Commentar, VI, 497, welcher die Frage bejaht. Bayer, a. a. O., §. 36; Schmid, a. a. O., §. 182, S. 47 fg., welche sie verneinen.

9) Anderer Meinung: Glück, a. a. O. Schmid, a. a. O., S. 48. Dagegen Schweitzer, Provocationsproceß, §. 6, S. 47.

V. Was sodann die provocatio ex lege si contendat [10]) betrifft, so ist diese ohne Ausnahme eine Aufforderung zur Anstellung einer Klage, welche an und für sich sogar fundirt sein kann; sie supponirt dann zwar kein Berühmen des Provocaten, wol aber einen juristischen Nachtheil, der aus Zeitverlust oder Veränderung factischer Verhältnisse entstehen würde, und kann gegen die Erben des Provocaten, auch wenn der Erblasser vor der Litiscontestation gestorben sein sollte, fortgesetzt werden. Andererseits endigt sie, wenn die Parteien einig sind, oder wenn erwiesen wird, daß zwischen ihnen ein solches Rechtsverhältniß vorhanden ist, wobei der Provocant Gefahr läuft, bei länger verzögerter Klage juristischen Nachtheil zu erfahren. Deshalb wird dem ungehorsamen Provocaten nicht beständiges Stillschweigen als Strafe des Ungehorsams auferlegt, sondern es trifft ihn nur der Verlust der künftigen eigentlichen Replik, daß die Einrede unzulässig sei. Es ist daher ein Berühmen des Anspruchs von Seiten des Gläubigers nicht nothwendig, dagegen bei dem Anstellen der Provocationsklage ein Einräumen des Grundes der Hauptklage nicht nothwendig vorauszusetzen [11]). Auch hier ist die Hauptsache mit dem Provocationsproceß nicht zu vermischen. Das Verfahren [12]) bei diesen wie bei den übrigen Provocationen ist das des unbestimmt summarischen Processes.

§. 258 und 259.

2) Vom possessorischen Processe.

I. Wenn der Besitz der Gegenstand eines Rechtsstreits [1]) ist, so ist der Zweck der einzelnen Klage entweder darauf ge-

---

10) Besonders A. Martin in Martin u. Walch's Magazin des Processes, I, 257 fg., und außer den im Compendium Genannten: Bayer, a. a. O., §. 58 fg. Schmid, a. a. O., §. 186 fg., S. 62 fg.

11) L. 43, pr. D. de reg. jur. L. 9 D. de except. (44, 1). L. 9 C. eod. (8, 36). Mittermaier, a. a. O., S. 284. Bayer, a. a. O., §. 61. Schmid, a. a. O., S. 66.

12) Bayer, a. a. O., §. 67. Schmid, a. a. O., III, 68, §. 188.

1) Gönner, Handbuch, IV, Abh. 81. v. Savigny, Das Recht des Besitzes (6. Ausg.), Absch. 4 u. 6. v. Langenn u. Kori, Erörterungen,

richtet, denselben zu erwerben, oder den erworbenen zu erhalten, oder den verlorenen wieder zu erlangen. Diese Verschiedenheit der Klagen und Einreden hat jedoch keinen Einfluß auf das processualische Verfahren selbst. Ebenso bezieht sich die bekannte Eintheilung der possessorischen Rechtsstreitigkeiten in das Petitorium und Possessorium eigentlich auf den Gegenstand des Rechtsstreits, nicht aber auf das Verfahren dabei. Man muß sich daher in Acht nehmen, das Petitorium für gleichbedeutend mit dem ordentlichen Proceß bei Besitzfragen zu halten, dagegen das Possessorium als Bezeichnung einer einzelnen summarischen Proceßart anzusehen, da ja dasselbe individuelle Possessorium im einzelnen Falle bald im bedingten, bald im unbedingten Mandatsproceß, bald unbestimmt summarisch je nach den Vorsichtsmaßregeln, welche der Advocat im concreten Falle anwendete, verhandelt [2]) wird, und da es auch petitorische Rechtsstreitigkeiten gibt, z. B. die Ehesachen, in welchen nicht allein summarisch, sondern selbst noch summarischer als in einem Possessorium verfahren wird. Endlich ist es ebenso unrichtig, bei allen Rechtsverhältnissen von einem Petitorium und Possessorium reden zu wollen, wie das allerdings rücksichtlich des ordentlichen und des summarischen Processes der Fall ist.

II. Von der richtigen Theorie über die possessorischen Processe weichen aber diejenigen Misbräuche ab, welche die Praxis bei Anwendung derselben hat einreißen lassen, und welche zum Theil in manchen Landesgesetzen gebilligt worden sind, während das gemeine Recht von ihnen durchaus nichts weiß. Diese Misbräuche betreffen aber 1) die zu weit gehende, deshalb aber ganz unzulässige Ausdehnung der Besitzprocesse auch auf rein persönliche Ansprüche; 2) die unrichtige Bestimmung des Verhältnisses des Possessoriums zum Petitorium; und endlich 3) die Eintheilung des possessorischen Processes in zwei Unterarten, das possessorium ordinarium und summariissimum.

II, Abh. 21. Schmid, Handbuch des Civilprocesses, III, 78 fg., §. 191. Bayer, Summarische Processe, §. 62 fg.

2) Die Reichsgesetze schreiben keine bestimmte Proceßart dafür vor. Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 8, §. 1, 6; Tit. 21, §. 1—3.

Zu 1. Die Ausdehnung der possessorischen Processe auf rein persönliche Verbindlichkeiten ist aber unzulässig, weil blos bei dinglichen Rechten und bei solchen, welche diesen analog behandelt werden, eine doppelte Art der Rechtsverfolgung stattfindet: die eine, welche auf das dingliche Recht selbst gerichtet ist und den Namen des Petitoriums führt; die andere, welche es blos mit dem Besitz, vel quasi zu thun hat, wenn auch dieser folgeweise freilich ebenfalls erlangt und geschützt wird, sobald das Petitorium gewonnen ist. Eine solche Vermehrung der Processe, welche im Hauptresultat auf Eins hinauslaufen, kann aber ohne völlige Analogie des positiven Rechts nicht gebilligt werden, und so muß alles possessorische Verfahren wegfallen, sobald es sich lediglich von Obligationsverhältnissen handelt; deshalb kann z. B. bei einem Darlehnsvertrage, wenn die Zinsen, welche mehre Jahre hindurch gezahlt wurden, nun aber, weil die Existenz des Darlehns überhaupt bezweifelt wird, verweigert werden, auf die Zahlung der Zinsen hin ein possessorischer Proceß nicht begonnen werden.

III. (Zu 2.) Aber auch bei solchen Rechtsverhältnissen, bei welchen in der That beide Arten von Klagen begründet sind, wird sehr häufig eine unrichtige Ansicht darüber aufgestellt, wie sich das Possessorium und das Petitorium zu einander verhalten[3]). Beide Arten von Rechtsstreitigkeiten sind nämlich unzweifelhaft mit einander connex, dessen ungeachtet aber bildet jede von ihnen einen selbständigen Proceß, und es muß der Einfluß der verschiedenen Qualitäten genauer bestimmt werden. — Die materielle Connexität zwischen beiden Proceßarten zeigt sich nämlich theils schon in Ansehung des Gerichtsstandes (§. 55, S. 344 fg.), theils darin, daß, wenn beiderlei Ansprüche von einander getrennt verfolgt werden, sie einander in Ansehung der Parteirollen, wie dies auch schon im Römischen Rechte[4]) angedeutet wird, vorbereiten, indem

---

3) Schmid, a. a. O., III, 109 fg., §. 196. Bayer, a. a. O., §. 73 fg.

4) L. 62 D. de judic. (5, 1). Inter litigantes non aliter lis expediri potest quam si alter petitor alter possessor sit: esse enim debet, qui onera petitoris sustineat et qui commodo possessoris fungatur. L. 3

durch das Possessorium bestimmt wird, wer im Petitorium Kläger sein soll; theils darin, daß beiderlei Ansprüche im Resultate zu dem nämlichen Ziele führen; theils endlich darin, daß einerlei Beweismittel in beiderlei Rechtsstreitigkeiten benutzt werden können, indem sogar Zeugenverhöre, welche für das Possessorium vorgenommen wurden, auch im Petitorium zu benutzen sind. — Dagegen ist die Selbständigkeit beider Processe zunächst daraus ersichtlich, daß sie getrennt successiv verhandelt [5]) werden können, und daß in diesem Falle, wenn auch möglicherweise die nämliche Partei Kläger bleibt, der zweite Proceß doch nicht durch Beziehung auf die Acten des possessorischen Processes eröffnet werden kann, sondern durch eine neue Klage eingeleitet werden muß, weil nur unter dieser Voraussetzung eine ordentliche Litiscontestation des Beklagten sich denken läßt, und der gehörige Vortrag der Einreden desselben zu erwarten steht. Es kann aber auch im Petitorium die Beweisführung, welche im Possessorium actenmäßig geworden ist, für hinreichend nicht gehalten werden, selbst wenn der petitorische Kläger auf bessere Beweisführung ausdrücklich verzichten wollte — was nöthig sein würde, um die Beweisfrist für diesen Proceß zu ersetzen —, weil es dann für den Gegenbeweis im Petitorium, den directen sowol als den indirecten, immer noch an einer Beweisfrist fehlen würde, indem der jetzige Beklagte nicht schuldig war, in dem frühern Possessorium auch seine petitorischen Einreden vollständig vorzubringen. Es würde mithin alle mal eine neue Gegenbeweisfrist ihm gesetzt werden müssen. — Ein ferneres Zeichen der Selbständigkeit beider Processe ist, daß die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung aus dem Possessorium dem Petitorium nie im Wege stehen soll [6]). Ja es läßt sich sogar zweifeln, daß die Einrede der

---

C. de interd. (8, 1). L. 35 D. de aqua v. a. p. (41, 2). Cap. 5 X. de caus. possess. (2, 12). v. Savigny, a. a. O., §. 36.

5) Cap. 36 X. de test. et attest. (2, 20).

6) L. 14, §. 3, D. de exc. rei jud. (44, 2). Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem; quoniam in interdicto possessio in actione proprietas vertitur. L. 9 C. de sent. et interl. (7, 45). v. Löhr, Archiv für civil. Praxis, XII, 92. v. Vangerow, Leitfaden, I, 390, Anm. 3; S. 821 (2. Aufl.). Schmid, a. a. O., S. 108, Note 42. Anderer Meinung namentlich bei

rechtskräftigen Entscheidung des Petitoriums einer actio spolii, welche hinterdrein erhoben würde, entgegenstehe; denn der Spoliirte kann ein großes Interesse dabei haben, das Spolium vor allen Dingen restituirt zu erhalten, sollte er demnächst auch im Petitorium unterliegen. Hiernach läßt sich denn auch mit Recht behaupten, daß Einreden und Beweismittel, welche in dem einen Processe präcludirt oder sonst versäumt sind, bei Anstellung des andern immer noch benutzt werden können, soweit sie für diesen noch etwas Relevantes enthalten, weil ihr Verlust nur relativ war, und deshalb sich nur auf das damalige Streitobject bezog. Nur dann leidet dies natürlich eine Ausnahme, wenn das Possessorium und Petitorium cumulirt, folglich eine formelle Einheit beider Processe vorhanden war; denn das hat die Folge, daß sich die nämlichen Fristen auf beide Objecte beziehen. — Endlich ist in Ansehung der Erstattung der Proceßkosten häufig angenommen worden, daß die Kosten des Possessoriums bis zum Ausgang des Petitoriums auszusetzen seien. Es läßt sich dies aber keineswegs allgemein rechtfertigen, indem Derjenige, welcher im Petitorium obsiegt, sehr häufig seinen Gegner widerrechtlicherweise im Besitze gestört und vielleicht aus dem Besitze entsetzt, dadurch aber das Possessorium veranlaßt hatte, dessen Kosten er dann in jedem Falle tragen muß.

IV. Ob es aber, wenn anders die Natur der Parteirolle in Ansehung beider Gegenstände vereinbar[7]) ist, rathsam sei, beiderlei Ansprüche alternativ und so wenigstens subsidiarisch zu cumuliren, so daß eine gleichzeitige Instruction beider Ansprüche stattfinden soll, hängt von den Regeln der Proceßpolitik ab, die sich wiederum nach den Umständen des einzelnen Falles richten muß. Selten wird der Kläger, wenn er das angestellte Possessorium für genügend begründet hält und es ihm an schnellen Beweisen dabei nicht fehlt, Veranlassung haben, das illiquide Petitorium

---

dem interdictum quorum bonorum und Salvianum, wo es sich um Erlangung des Besitzes handelt: Bayer, a. a. O., §. 73 a. E., und die in Note 7 dort Genannten.

7) Cap. 5 X. de caus. poss. (2, 12); Cap. 2, 3, 4, 6 eod. tit. Gönner, Handbuch, IV, Abh. 81, §. 19. Bayer, a. a. O., §. 76 fg. Schmid, a. a. O., S. 110 fg.

damit zu verbinden, denn er entzieht sich dadurch die schnelle Behandlung der Sache und die baldige Erreichung des Genusses seines Anspruchs, welche er ohne Cumulation allerdings hoffen durfte. In solchen Fällen hüte sich der Kläger namentlich davor, von einem verjährten Besitze in seiner possessorischen Klagschrift zu reden, denn die Praxis betrachtet dies als das Zeichen einer stillschweigend geschehenen Cumulation, welche die Gerichte um so mehr für genügend halten, als sie die Verminderung der Processe begünstigen, welche durch eine solche herbeigeführt wird. — Umgekehrt hat der Beklagte meistens Grund, eine Cumulation beider Ansprüche zu wünschen, welche ihm denn auch bei der Gleichheit der Rechte beider Parteien nicht wohl zu versagen [8]) ist, die Fälle eines Spoliums ausgenommen, wo gegen den Willen des spoliirten Klägers keine petitorischen Einreden zugelassen werden sollen [9]). Bei allen andern Arten von Possessorien dagegen haben namentlich die kanonischen Gesetze die Cumulation petitorischer Einreden so begünstigt, daß sie sogar für die Appellationsinstanz gestattet [10]) haben, dieselben nachzuholen, ungeachtet dies eine mutatio libelli ist. — Wenn bei einer solchen Cumulation von Seiten des Beklagten am Ende des possessorischen Processes der petitorische liquid sein sollte, gilt der Grundsatz [11]), daß die Liquidität des Letztern ein Erkenntniß im Erstern überflüssig macht (petitorium liquidum absorbet possessorium): während man sich, wenn die vorgetragenen petitorischen Einreden in völlige Gewißheit nicht gesetzt sind, mit dem Possessorium zu begnügen [12]) und das Petitorium vorzubehalten hat. — Die Praxis [13]) dagegen geht häufig so weit, daß sie

---

8) Cap. 10 X. de rest. spol. (2, 13). Clem. 1, de causa poss. (2, 3).

9) Cap. 4 X. de ordin. cognit. (2, 10). Cap. 1 X. de restit. spol. (2, 13). Cap. 22 X. de offic. et potest. jud. deleg. (1, 29).

10) Clem. 1, de causa possess. (2, 3). Cap. 5 X. de caus. poss. (2, 12).

11) Bayer, a. a. O., §. 75 a. E. Mittermaier, Der gemeine deutsche Proceß, IV, 329 (2. Aufl.).

12) Cap. 36 X. de test. et attest. (2, 20).

13) Pufendorf, Observ. jur., II, observ. 143. Mevius, VI, dec. 100.

sogar von Amtswegen die Cumulation des Petitoriums mit dem Possessorium ergänzt, sobald nur das Gericht aus den geführten Beweisen entnehmen zu können glaubt, daß das Petitorium genügend aufgeklärt sei, wenn auch die Parteien sich darüber nicht verbreitet haben. Ein solches Verfahren ist aber aus dem doppelten Grunde fehlerhaft [14]): einmal weil das richterliche Ergänzungsamt zu weit ausgedehnt wird, dann aber und noch mehr, weil beim Mangel aller Präclusivtermine die juristische Gewißheit fehlt, ob die Partei, welche im Petitorium unterliegen soll, nicht noch im Stande sei, bei einer getrennten Verhandlung desselben durch neuere Einreden oder Beweise ihr besseres Recht darzuthun.

V. (Zu 3.) Der dritte Misbrauch, welchen die Praxis bei dem Possessorium zuläßt, besteht in der Spaltung des Besitzprocesses in zwei Arten, den ordentlichen (possessorium ordinarium), der übrigens immer noch zu den summarischen Processen gehört, und das possessorium summarium oder summariissimum. Das gemeine Recht [15]) kennt eine solche Trennung überall nicht, sondern enthält nur soviel davon: bei den Rechtsmitteln zur Erhaltung des Besitzes, welches bekanntlich judicia duplicia sind, kann und wird der Beklagte sehr häufig, so gut wie der Kläger, behaupten, sich im Besitze des Streitobjects zu befinden und darin vom Gegner gestört zu werden. Da nun jeder Besitzer nach den Gesetzen befugt wäre, sich bei seinem noch fortdauernden Besitze sogar durch Selbsthülfe zu schützen, so würden in solchen Fällen häufig Thätlichkeiten bis dahin stattfinden, wo definitiv entschieden wäre, welcher von beiden Theilen in der That als Besitzer zu betrachten sei. Damit nun dergleichen Thätlichkeiten während der Dauer des Rechtsstreits nicht vorfielen, könnte eine Sequestration des Besitzobjects allerdings angeordnet werden; allein dieses Auskunftsmittel pflegt beiden Theilen lästig und nachtheilig zu sein, deshalb haben die Reichs-

---

14) Bayer, a. a. O., §. 76 a. E. Schmid, a. a. O., S. 112 fg.

15) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 21. v. Savigny, a. a. O., §. 51. Bayer, a. a. O., §. 65—69. Schmid, a. a. O., §. 192 fg.

gesetze eine andere Maßregel für dergleichen Rechtsstreitigkeiten festgesetzt. Das Gericht nämlich, wo ein solcher Proceß anhängig ist, soll durch ein provisorisches Decret unter den vorliegenden Umständen diejenige Partei als alleinige Besitzerin während der Dauer des Rechtsstreits schützen, welche schleunig darzuthun vermag, daß sie vor Anfang dieses Besitzprocesses die neuesten Besitzhandlungen ungestört vorgenommen habe, gleichviel ob mit oder ohne Recht. — Vergißt man nun nicht, daß alle provisorischen Maßregeln nur unbeschadet der Rechte beider Parteien erkannt werden dürfen, so folgt daraus 1) daß dieser interimistische Schutz an den Parteiverhältnissen für den Besitzproceß gar nichts verändern soll, daß mithin derjenige Kläger ist und bleibt, der schon vor diesem Provisorium klagend auftrat, weshalb er denn auch den Besitzproceß fortsetzen muß, mag er gleich durch das Provisorium schon im Besitze geschützt sein. Denn dieser Schutz ist, wie ein angelegter Arrest, nur unter der Bedingung gewährt worden, daß er hinterdrein gerechtfertigt werde. Der im Besitz geschützte Kläger muß daher, ohne daß es eines neuen Klaglibells bedarf und ohne Rücksicht auf das Provisorium, den Proceß zu Ende bringen und dadurch seinen Besitz rechtfertigen. — Hieraus folgt dann aber 2) daß ein solches Provisorium nicht rechtskräftig wird und stets von dem Gerichte, welches dasselbe erkannt hat, zurückgenommen werden kann, wenn die Veranlassung dazu späterhin wegfällt, oder die Sache so aufgeklärt wird, daß eine andere Maßregel sich nothwendig macht; wie das besonders dann der Fall ist, wenn über den eigentlichen Besitzstreit definitiv erkannt worden ist und darin diejenige Partei obsiegt, welche bisher das Provisorium gegen sich hatte. Denn dann wird im Endurtheile das Provisorium aufgehoben, und kein weiteres Possessorium, sondern nur das Petitorium vorbehalten. Sollte aber gegen das Definitiverkenntniß dieser Art irgend ein Rechtsmittel ergriffen werden, so haben diese schon nach dem Inhalte des Römischen Rechts keinen Suspensiveffect. Deshalb muß von jetzt an der provisorisch Geschützte sich aller weitern Besitzstörungen enthalten, bis er durch rechtskräftige Entscheidung das Gegentheil erstritten hat. — Es ist demnach aber höchst wichtig, diese Provisorien auf die Rechtsmittel zur

Wiedererlangung [16]) eines Besitzes nicht auszudehnen, weil es bei diesen eines solchen Provisoriums überhaupt nicht bedarf, da ja der Kläger selbst gesteht, nicht im Besitze zu sein, folglich ihm keine Selbsthülfe erlaubt ist, bis er durch das Urtheil wieder in den Besitz gesetzt wurde. — Wesentlich abweichende Grundsätze über das possessorium summariissimum hat die Praxis aufgestellt, und sind nach ihr von den Gesetzgebungen der einzelnen Länder zur Geltung gebracht worden.

§. 260.

3) Vom Rechnungsprocesse.

Der Rechnungsproceß [1]), welcher den Nachweis über die Behandlung fremder Gelder, welche Jemand zu verwalten gehabt hat, betrifft [2]), gehört ebenfalls zu den unbestimmt summarischen Processen. Denn wenn auch in den Gesetzen des gemeinen Rechts nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß er summarisch zu behandeln sei, so spricht dafür doch der Gerichtsgebrauch und der Satz [3]), daß in allen Fällen, wo ohne eine schleunigere Verhandlung der Sache der Endzweck des gerichtlichen Verfahrens wenigstens nicht vollkommen erreicht werden, oder doch diese Erreichung vielleicht verhindert werden könnte, ein summarischer Proceß an die Stelle des ordentlichen treten muß. In Ansehung des Verfahrens dabei mag es genügen, auf das im Compendium Enthaltene zu verweisen.

---

16) Ueber diese: Bayer, a. a. O., §. 64. Schmid, a. a. O., §. 194.

1) Bayer, Summarische Processe, §. 80 fg. Schmid, Handbuch, III, 72 fg., §. 189.

2) Nicht aber die Abfassung der Rechnungen oder die Verbindlichkeit zur Rechnungsablegung überhaupt. Bayer, a. a. O., §. 80, Note 1. Schmidt, a. a. O., Note 1, 2. Anderer Meinung Gönner, Handbuch, IV, Abh. 75, §. 4 fg.

3) Grolmann, Theorie, §. 221.

Dritte Hauptabtheilung.

Von der Rechtsverfolgung selbst.

Zweiter Abschnitt.

Insbesondere von dem Verfahren außer dem förmlichen Concurse.

Zweite Unterabtheilung.

Von den Haupthandlungen der Hülfsvollstreckung.

§. 261 und 262.

I. Allgemeine Grundsätze.

1) Begriff und 2) Mittel der Execution.

I. Nach Römischem Rechte [1]) endete der Rechtsstreit und damit die Thätigkeit des judex pedaneus mit der Definitivsentenz. Es mußte daher und weil die Execution nicht blos als eine Fortsetzung des ursprünglichen Rechtsstreits angesehen wurde, der Kläger, welcher obgesiegt hatte, eine neue actio rei judicatae anstellen, um zum Genusse des erstrittenen Rechts zu gelangen. Das auf eine solche Klage angestellte Verfahren scheint jedoch sehr

---

1) Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 45 fg., 76 fg., 138, 153. Heffter, Institutionen, S. 258, 547 fg. (2. Ausg., S. 628 fg.). v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 296 fg., §. 28 fg.; insbes. S. 314 fg., 328 fg., 336 fg. Keller, Röm. Civilproceß, S. 80, 88, 112, 266, 328, 355 fg., 362.

summarisch gewesen zu sein, so daß bei liquider rechtskräftiger Entscheidung dieselbe nur eine Aufforderung des Prätors zur Verfügung des Executionsverfahrens, bei illiquiden Fällen eine summarische Klage gewesen zu sein scheint. — In Deutschland dagegen betrachtete man die Executivgewalt des Richters als einen nothwendigen Bestandtheil der richterlichen Gewalt überhaupt (§. 9, X., S. 687), und sah namentlich bei Errichtung des Reichskammergerichts [2]) bald die Nothwendigkeit ein, demselben eine Executivgewalt zu verleihen. Deshalb bestimmten denn auch die neuern Reichsgesetze [3]), daß den Endurtheilen eine bestimmte Frist inserirt werde, innerhalb welcher dem richterlichen Ausspruche Genüge zu leisten sei. Auf diese Weise bildete sich in Deutschland der Charakter der Executionsinstanz [4]) als eines bloßen Contumacialverfahrens aus; die römische actio rei judicatae blieb aber nur da noch nützlich, wo der erkennende Richter das Object der Executionsvollstreckung nicht in seiner Gewalt hat, und zu dem Richter des Beklagten, welchem diese zusteht, nicht in einem solchen Verhältnisse steht, daß er denselben mit Erfolg wegen Vollstreckung der Hülfe requiriren kann.

II. Muß der Richter zur Vollstreckung der eigentlichen Hülfe schreiten, d. h. die gesetzlich ihm gestatteten Zwangsmittel [5]) zur Anwendung bringen, um den Verurtheilten zu nöthigen, dem Endurtheile Genüge zu leisten, so hat er vor allen Dingen zwei Arten der Executionszwangsmittel zu unterscheiden: Executionsstrafen, Zwangsmittel, welche bestimmt sind, den Eigensinn und Ungehorsam des Verurtheilten zu beugen, und Executionsmaßregeln, welche dazu dienen, bei unvermögenden Schuldnern die Befriedigung des obsiegenden Gläubigers zu erzielen, nach der Eigenthümlichkeit des einzelnen Falles

---

2) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 48.

3) Jüngster Reichsabschied, §. 159.

4) Jüngster Reichsabschied, §. 15, S. 159—164. Außer den im Compendium, Note 6, Genannten: Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, §. 245 fg. Schmid, Handbuch, III, 336 fg., §. 222 fg. Bayer, Vorträge über ordentlichen Civilproceß (8. Aufl.), §. 333 fg., S. 1107 fg.

5) Jüngster Reichsabschied, §. 10, 15, 160 fg. Schmid, a. a. O., III, 345, §. 224. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, II, 333 fg. Bayer, a. a. O., §. 333 fg., S. 1107—1117.

aber zu beurtheilen, welche von beiden Arten er anzuwenden habe. — Die Gesetze aber, nach denen er sich dabei zu richten hat (§. 11, IV. fg., S. 90 fg.), sind nicht immer die des Gerichtsstandes des anhängigen Rechtsstreits. Vielmehr beurtheilt der vollstreckende Richter die Mittel und das Verfahren bei ihrem Gebrauche, unbekümmert selbst um die Anträge des requirirenden Richters, nach den ihm für solchen Fall vorgeschriebenen gesetzlichen Regeln, da diese Gesetze, als auf das öffentliche Wohl berechnet, unbedingte Befehle für den Richter enthalten. — Nicht alle zweckmäßig erscheinenden Zwangsmittel sind aber gesetzlich erlaubt. Gemeinrechtlich gelten vielmehr nur folgende. Allgemein anwendbar ist die Einlegung der Wache[6]), welche schon das Römische Recht kannte; dagegen sind bei gewissen Arten von Forderungen besondere Mittel anzuwenden. So ist bei Realansprüchen die Immission, bezüglich Exmission, in und aus dem Besitze und Genusse einer Sache, bezüglich eines Rechts an einer solchen; bei Personalansprüchen aber, wenn sie auf Leistungen des Verurtheilten gerichtet sind, Geld- und Gefängnißstrafen. Dabei ist nicht unbeachtet zu lassen, daß eine solche Gefängnißstrafe sich von der peinlichen wesentlich unterscheidet, daß daher ein Anschließen des Gefangenen an Ketten, als Mittel der Sicherheit, nicht zulässig erscheint, und dieser bürgerliche Gewahrsam nicht über vier Wochen ohne Schärfung durch Entziehung der warmen Kost, und nicht über 14 Tage bei Wasser und Brot dauern kann. Handelt es sich endlich um Beibringung einer Geldschuld, dann sind folgende Zwangsmittel anzuwenden: Abpfändung des Mobiliarvermögens des Verurtheilten, Versteigerung der Mobilien im Auctionswege, Immission des Gläubigers in den Besitz des Immobiliarvermögens des Verurtheilten, bezüglich Exmission dieses, und Verkauf der Immobilien im Subhastationswege, Beschlagnahme ausstehender Forderungen[7]) des Verur-

---

6) L. 1 C. de offic. praefect. August. (1, 37). Puchta, a. a. O., S. 333.

7) Bei diesen findet gemeinrechtlich kein Personalarrest statt. Cap. 2 X. de pignor. (3, 21) — — quoniam et Lex habet, ut homo liber pro debito non teneatur, etsi res defuerint, quae possint pro debito addici.

theilten, endlich Zwang zum Abarbeiten [8]) der Schuld. — Bei Anwendung aller dieser Mittel hat der Richter zwar so schonend [9]) als möglich zu verfahren, aber deshalb nicht die nothwendige Strenge zu verabsäumen.

§. 263—268.

3) Anwendung der Execution selbst, im Allgemeinen.

A. Voraussetzungen [1]). B. Art des Verfahrens.

I. Während das Erkennen der Hülfsvollstreckung nur dem in der Hauptsache competenten Richter zusteht, ist die Vollstreckung der Hülfe nicht immer von ihm zu bewirken, weil er entweder die Befugniß der Execution vom Staate überall nicht verliehen [2]) erhalten hat, oder die Person oder Sache, gegen welche die Hülfe zu vollstrecken ist, nicht innerhalb seiner Gerichtsbarkeit sich befindet. Ist er in einem solchen Falle in der Lage, ein anderes Gericht um Hülfsvollstreckung zu requiriren, so hat dieses zwar nicht über Fragen, welche in die Hauptsache eingreifen, zu entscheiden, wol aber die formelle Gültigkeit [3]) des verurtheilenden Erkenntnisses zu prüfen und zu entscheiden, ob

---

Vergl. Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, XIV, 110, 248; XV, 295. Anders in Landesgesetzen: Teucher, Schuldthurmproceß im Königreich Sachsen (Leipzig 1822).

8) Dabelow, Lehre vom Concursprocesse, S. 98. Puchta, Concursproceß, S. 94. Heffter, System, §. 512. Aber Mittermaier in Schunk's Jahrbüchern, XIV, 130 fg. — L. 12 C. de oblig. et act. (4, 10). Ob aes alienum servire liberos creditoribus jura compelli non patiuntur. Nov. 134, cap. 7.

9) L. 15, §. 10, D. de re judic. (42, 1). Et necesse est, ut quod eis facilius videatur ad rem exsequendam, hoc faciant.

1) Schmid, Handbuch, III, 336, §. 222. Bayer, a. a. O., S. 1118, 1122 fg.

2) L. 5, §. 1, D. de offic. ejus cui mandata jurisd. (1, 21). L. 6, §. 2, D. de re judic. (42, 1). v. Bülow u. Hagemann, Erörterungen, II, 59. Vergl. auch L. 20 D. de jurisd. (2, 1).

3) Cap. 28, §. 3, X. de offic. et potest. jud. del. (1, 29). L. 6, 8 C. de execut. rei jud. (7, 53). Cap. 5 X. de sent. et re jud. (2, 27).

es der Requisition entsprechen und welche Zwangsmittel es anwenden wolle und könne. — Erkannt und vollstreckt wird die Execution nur gegen die im Hauptprocesse mitbefangene[4]), darin unterlegene Partei und alle Diejenigen[5]), gegen welche der Ausgang des Rechtsstreits solche Bedeutung hat, daß sie eigene Einreden dagegen nicht haben können. Deshalb kann gegen einen Bürgen[6]), welcher für die Bezahlung des Judicats intercedirt ist, nur dann sofort die Hülfe erkannt und im Falle des Ungehorsams vollstreckt werden, wenn die geschehene Bürgschaftsleistung erwiesen wird. Den Erben[7]) des Verurtheilten aber muß, wenn auch gegen den Erblasser die Hülfe bereits erkannt war, eine neue Frist, um dem Urtheile zu genügen, bestimmt werden. Gegen einen dritten Besitzer, welcher erst nach der Litisconteſtation den Besitz erhielt, kann dagegen sofort, wenn er vergebens aufgefordert wurde, dem Urtheile zu genügen, die Hülfe vollstreckt werden. — Endlich ist eine nothwendige Voraussetzung der Hülfsvollstreckung, wenigstens für den ordentlichen Proceß, daß die Definitivsentenz[8]) die Rechtskraft beschritten, daher dagegen eingewendete Rechtsmittel[9]) entweder nicht fortgesetzt oder rechtskräftig erledigt sind. Bei einigen summarischen Proceßarten haben dagegen auch die eingewendeten Rechtsmittel einen Suspensiveffect nicht, vielmehr wird die Execution des Rechtsmittels ungeachtet verfügt: so bei dem Arrest-, dem unbedingten Mandats-, dem Executiv- und dem Besitzprocesse (§. 276).

II. Abgesehen von positiven Bestimmungen müßte daher

---

4) Vergl. dazu L. 1 C. si plur. una sent. (7, 55). L. 63 D. de re jud. (42, 1). Bayer, a. a. O., S. 1124 fg.

5) L. 28 D. de except. rei judic. (44, 2). L. 3, §. 1, D. de pignor. (20, 1). L. 1 C. quando ex fact. tutor. (5, 39).

6) L. 1 D. judic. solvi (46, 7). L. 3, §. 1, C. de usur. rei jud. (7, 54). Overbeck, Meditationen, VII, 138.

7) L. 28 D. de except. rei jud. (44, 2).

8) L. 58 D. de re jud. (42, 1). L. 1 C. de except. rei jud. (7, 53).

9) Auch die Nichtigkeitsquerel, Clem. 1, de sent. et re jud. (2, 11), und das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Cap. 6 X. de in integr. restit. (1, 41). Glück, Commentar, V, §. 441. Ausnahmen bei Gönner, Handbuch, III, Abh. 57, §. 15.

jede Executionsinstanz damit anfangen[10]), daß die obsiegende Partei aus den bisherigen Acten darthut, die Rechtskraft des condemnatorischen Erkenntnisses sei actenmäßig gewiß, daß sie sodann verzeichnet, was ihr zuerkannt ist, wie viel und in welcher Weise (quid quale quantum), und nun um ein unbedingtes Mandat wegen Befolgung dieser Sentenz nachsucht; denn in dem Ungehorsam des Verurtheilten liegt eine durch keinen Rechtsgrund zu rechtfertigende Thatsache, in Bezug auf welche der unbedingte Mandatsproceß in den Reichsgesetzen angeordnet war. Ein solcher Antrag ist aber auch deshalb unumgänglich nothwendig, weil der Richter nie von Amtswegen[11]) die Execution vollstreckt. — In vielen Gegenden Deutschlands dagegen, namentlich in Sachsen[12]), beginnt die Executionsinstanz mit der Bitte um Ansetzung eines Termins, in welchem das zugleich bei dem Antrage verzeichnete Liquidum constituirt werden soll, d. h. es soll der Verurtheilte citirt werden, um die Anträge des Siegers in Bezug auf die Execution zu vernehmen, darauf kürzlich zu antworten und um einen neuen Richterspruch darüber zu erwarten, ob und wieweit die gebotene Execution stattfindet. — Das gemeine Recht kennt ein solches Verfahren nur allenfalls in den außerordentlichen Fällen, wo zwar ein rechtskräftiges Endurtheil vorliegt, das quid quale quantum der Verurtheilung aber noch nicht genügend bestimmt ist. Eine solche Unbestimmtheit des Endurtheils ist 1) nach der Beschaffenheit der Klage häufig nicht zu vermeiden, indem bei universellen Klagen, z. B. der hereditatis petitio und ebenso bei generellen Klagen, z. B. den auf Ablegung einer Rechnung, das Endurtheil weiter nichts enthalten kann, als die Erklärung der Pflicht des Beklagten, den entfernten Streitgegenstand nach einem von ihm vorzulegenden Verzeichnisse oder überhaupt nach vorher abgelegter oder geprüfter Rechnung herauszugeben. In einem solchen Falle

10) Bayer, a. a. O., S. 1119. Schmid, a. a. O., §. 223, S. 342 fg.

11) Jüngster Reichsabschied, §. 160. Gönner, a. a. O., I, Abh. 10, §. 36.

12) Kori, Sächs. bürgerlicher Proceß, §. 190. Osterloh, Sächs. Proceß, §. 356. Erläut. sächs. Proceßordn., XXXIX, §. 2, 4, 5.

bleibt dann dem siegenden Kläger nichts übrig, als um Zwangsmittel dazu zu bitten, daß jene Verzeichnisse oder Rechnungen vorgelegt werden. Dies kann jedoch nur den Anfang der Execution machen, da der Umfang der abzuliefernden Sachen erst durch die Vorlage jener Papiere erkenntlich wird. Sollten nun in einem solchen Fall gegen den Verurtheilten Zwangsmittel mehrmals vergebens versucht worden sein, so kann der obsiegende Kläger das Verfahren oft dadurch abkürzen, daß er sich zum juramentum in litem (§. 232, S. 284) erbietet, sobald sein Gegner aus böser Absicht oder grober Fahrlässigkeit säumig ist. Hierauf wird alsdann der Termin zur Ableistung des Eides angesetzt, und demnächst die Größe des zu ersetzenden Anspruchs nach richterlichem Ermessen festgesetzt. — Ist dagegen das Inventar oder die Rechnung von dem Verurtheilten wirklich vorgelegt, dann werden diese dem Sieger, um Erinnerungen dagegen zu stellen, mitgetheilt, und es knüpft sich daran, um die Quantität der Schuld festzusetzen, ein Rechnungsproceß. In solchem Falle sollte der Sieger nicht vergessen, das Liquide von dem Illiquiden zu trennen, und zu verlangen, daß diejenigen Sachen oder Summen, welche der Verurtheilte selbst als seine Schuld anerkennt, ihm ohne Verzug abgeliefert und ausgezahlt werden [13]), widrigenfalls in Bezug hierauf sofort die Executionsmittel anzuwenden sind.

III. In gleicher Weise muß aber 2) ein Liquidationsverfahren mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Streitobjects alsdann vorangehen, wenn es sich nur darum handelt, gezogene oder vernachlässigte Früchte zu erstatten, oder Zinsen und Proceßkosten zu bezahlen, auch einen Schaden zu ersetzen, welcher erst während der Dauer des Rechtsstreits entstanden ist; denn das Alles kann selbst bei den speciellsten Klagen erst am Schlusse des Processes verzeichnet werden. Dabei ist jedoch wieder der Unterschied, daß die zu erstattenden Früchte der Beklagte verzeichnen muß, so daß deshalb mit ihm wie im vorigen Falle zu verfahren ist, wogegen der Schaden, Zinsen und Proceßkosten von der siegenden Partei zu specificiren sind. Es ist dabei

---

13) L. 21 D. de reb. credit. (12, 1). L. 15 C. de sentent. et interloc. (7, 45).

die Pflicht dieser, möglichst ins Einzelne einzugehen, die Kosten nach ihren Hauptgattungen: Gerichtskosten, Advocatengebühren, Procuraturgebühren, Extrajudicialien nach der Reihenfolge in den Acten aufzuzählen und zu bescheinigen, oder sich zum juramentum expensarum (§. 232, S. 285, Note 2) zu erbieten. Ueber die illiquiden Posten findet dann ein Gehör des Gegners statt, worauf von Seiten des Gerichts eine Entscheidung erfolgt, welche namentlich in Ansehung der Kostenmoderation größtentheils auf richterlichem Ermessen beruht. — Endlich ist 3) eine solche Liquidationsinstanz dann erforderlich, wenn man sich bei einer speciellen Klage in Folge fehlerhafter Instruction und Leitung der Hauptsache bisher nur auf die quaestio an beschränkt hatte, während man das Quantum sogleich mit hätte aufklären sollen, und deshalb das Endurtheil nur die Verbindlichkeit der einen Partei ausspricht, dasjenige zu leisten, was durch die Liquidation noch werde aufgeklärt werden. In solchen Fällen wird regelmäßig der siegende Kläger den Anfang mit Specification der Quantität machen müssen, die er nun fordert, und darüber wird in einem summarischen Processe bis zu einem neuen Endurtheil über die Größe des Anspruchs zu verfahren sein.

IV. Ist nun in den ebengedachten drei Fällen in Folge des Liquidationsverfahrens oder in den übrigen alsbald die Größe des Anspruchs festgestellt, dann wird durch einen gerichtlichen Befehl dem Verurtheilten aufgegeben, den obsiegenden Gegner binnen einer bestimmten Frist zu befriedigen, für den Fall des Ungehorsams aber die Vollstreckung der Execution selbst angedroht[14]). Das Römische Recht[15]) bestimmt bei Zahlungen hierzu eine Frist von vier Monaten, das Kanonische Recht[16]) dagegen erklärt abändernd auch diese Frist vom richterlichen Ermessen abhängig. — In Ansehung des weitern Verfahrens genügt es auf §. 268 Bezug zu nehmen und dabei nur noch

---

14) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 48, §. 1. Jüngster Reichsabschied, §. 159.

15) L. 2 J. de offic. jud. (4, 17). L. 7, 31 D. de re judic. (42, 1). L. 2, 3, §. 1, C. de usur. rei judic. (7, 54).

16) Cap. 15 X. de sent. et re judic. (2, 27).

zu gedenken, daß unter Hülfsgeldern eine von den Gerichtssporteln verschiedene Summe verstanden wird, welche nach Landesgesetzen entweder dem Richter, der die Execution decretirt oder der sie vollzieht, als Strafe des Ungehorsams der Beklagten bezahlt und von dem Executionssuchenden meistens vorgeschossen werden muß. In neuester Zeit sind sie zum großen Theil aufgehoben.

§. 269.

C. Hindernisse der Execution.

Eine nicht nur bereits erkannte, sondern sogar schon eingeleitete Execution kann theils ganz gehemmt[1]), theils wenigstens in ihrem Erfolge beschränkt werden. Ersteres geschieht nach jetzigem gemeinen Rechte zwar nicht[2]) durch die im Römischen Rechte privilegirten Einreden, wohin man namentlich die exc. SC. Vellejani und Macedoniani und solche, welche ein Soldat aus Rechtsunkenntniß vorzuschützen unterließ, rechnet, da die fernere Annahme solcher Einreden dem Sinne und Geist des Jüngsten Reichsabschiedes widersprechen würde (§. 97, S. 496); wol aber 1) durch die sofort liquiden Einreden der neuern Tilgung[3]) der in Execution befangenen Schuld; 2) durch über das Vermögen des Schuldners ausgebrochenen Concurs; 3) durch einen dem Schuldner ertheilten Anstandsbrief[4]); und 4) bisweilen durch eine Principalintervention[5]) (unten §. 309). — Beschränkt wird dagegen die Hülfsvollstreckung wegen zu leistender Zahlungen, theils in ihrer Ausdehnung, wenn der

---

1) Bayer, a. a. O., §. 340, S. 1126. Schmid, Handbuch, III, 344, §. 323.

2) Gönner, Handbuch, II, Abh. 33, §. 11. Gesterding, Nachforschungen, II, S. 205, 225 fg. Schmid, a. a. O., II, 56 fg. Brackenhöft, Erörterungen, S. 390. Anderer Meinung Bayer, a. a. O., §. 200, S. 630 fg.

3) L. 14 C. de compens. (4, 31).

4) W. H. Puchta, Concursproceß, §. 105. Bayer, Theorie des Concursprocesses, §. 33. Unten §. 325.

5) L. 10 D. de pecul. (15, 1). L. 15, §. 5, D. de re judic. (42, 1).

Schuldner die Rechtswohlthat der Competenz für sich in Anspruch nehmen kann; theils auf bestimmte Zeit, wenn vom Richter ein Zahlungstermin [6]) erlangt oder wegen der Rückforderung des Gezahlten durch Caution [7]) Sicherheit zu stellen ist, so daß erst, wenn der Termin verflossen oder die Caution geleistet ist, die Execution fortgesetzt werden kann. — Zahlungstermine werden regelmäßig nur bei öffentlichen Calamitäten und wo wegen mehren Posten der Schuldner zugleich verfolgt wird, auch die Wahrscheinlichkeit vorliegt, daß er sich bei einiger Fristgestattung erholen könne, gegeben. — Die Rechtswohlthat der Competenz [8]) ist das besondere Recht eines Schuldners, bei Zahlungen aus persönlichen, nicht aus dinglichen, z. B. Vindicationsansprüchen, zu verlangen, daß wenigstens soviel von seinem Vermögen der Execution nicht unterworfen werde, als er zum Lebensunterhalt schlechterdings nothwendig hat. Es bedient sich der Schuldner dieser Rechtswohlthat entweder kraft eigenen Rechts, oder leitet sie aus dem Rechte eines Dritten dann ab, wenn dieser an den Schuldner einen Anspruch auf Ernährung hat. Kraft eigenen Rechts steht sie in jeder Art von Rechtsstreitigkeiten wegen jeglichen Objects gegen Jedweden zu: dem Soldaten; Andern nur gegen gewisse Personen, nämlich Ehegatten, Ascendenten und Descendenten, Geschwistern, dem Schwiegervater und der Schwiegertochter, dem Cridar, welcher bonis cedirte und dann wieder zu Vermögen gelangt, gegen seine frühern Gläubiger. Dagegen ist sie andererseits nur in gewissen Rechtsstreitigkeiten und wegen gewisser Objecte gegen Jedweden zulässig, so dem Haussohne wegen des peculium militare und wegen der während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden, oder gegen gewisse Per-

---

6) L. 21 D. de judic. (5, 1). L. 15 D. de usur. (22, 1). L. 71, §. 2, D. de legat. I. (30). L. 2, 31 D. de re judic. L. 45, §. 10, D. de jure fisci (49, 14). L. 4 C. de coll. fund patr. (11, 64). v. Quistorp, Rechtliche Bemerkungen, I, 33, S. 129.

7) Jüngster Reichsabschied, §. 107, 124.

8) Ausführlicheres hierüber siehe in v. Vangerow, Leitfaden, I, 212 fg., §. 174. Puchta, Pandekten, §. 244, 245. Derselbe, Vorlesungen, II, 46.

sonen: den Gesellschaftern unter einander bei einer act. pro socio, dem Schenkgeber gegen den Beschenkten in Ansehung des Geschenks, dem Vater der Frau gegen den Schwiegersohn wegen der versprochenen Dos, dem Ehemann, seinem Vater und seinen Kindern gegen eine Dotalklage, nicht aber wenn eine dos receptitia zurückgefordert wird.

§. 270—273.

II. Besonders von Anwendung einzelner Zwangsmittel.

I. Je nach Verschiedenheit des unmittelbaren Streitgegenstandes, ob nämlich derselbe in der Zahlung einer Geldsumme oder anderer fungibler Dinge, der Ablieferung einer individuellen Sache oder einer persönlichen Leistung besteht, sind auch die Zwangsmittel verschieden, deren man sich zur Erlangung desselben bedient [1]). — Was zunächst die Zahlung einer Geldsumme oder anderer fungibler Sachen betrifft, so ist dabei nur, wenn es sich um eine persönliche Forderung handelt, die Executionsordnung zu beobachten, welche in den Gesetzen [2]) vorgeschrieben. Danach wird, wie in dem Compendium angegeben ist, öfters mit der Wacheeinlegung, namentlich wo es gilt einen bösen Willen zu beseitigen, begonnen; dann, besonders wenn weniger der Wille böse ist als die Zahlungsmittel beschränkt sind, zur Mobiliarexecution, der Auspfändung, übergegangen, bei der Erfolglosigkeit auch dieser, der Gläubiger ein Executionsobject zu bezeichnen aufgefordert, zu welchem Ende ihm gestattet ist, den Offenbarungseid vom Schuldner zu fordern, dann, falls noch unbewegliche Güter vorhanden sind, zur Subhastation geschritten, und endlich bei Großjährigen ausstehende Forderungen [3]) anzugreifen gestattet, während umgekehrt bei Minderjährigen die

---

1) Bayer, Vorträge, §. 334—336. Schmid, Handbuch, III, 346 fg., §. 224.

2) L. 15, §. 2 sq., D. de re jud. (42, 1). L. 3, §. 1 D. de reb. eor. qui sub tut. (27, 9). L. 1 C. de praetor. pignor. (8, 22). Puchta, Dienst deutscher Justizämter, §. 250, 251.

3) L. 15, §. 2, D. cit. L. 5, §. 9, D. de reb. eor. qui sub tut.

Subhastation der Immobilien das letzte Zwangsmittel bildet. — Ausdrücklich erwähnen die Gesetze des gemeinen Rechts der Wacheeinlegung nicht, sie gibt daher auch kein gesetzliches Pfandrecht, weil ein solches ohne bestimmte Vorschrift der Gesetze nicht denkbar ist. Dieselbe pflegt, wenn die Zahlung nur durch den bösen Willen des Gläubigers zurückgehalten wird, bis zur Bezahlung der Schuld zu dauern, jedoch so, daß die Zahl der eingelegten Wächter nach einiger Zeit vermehrt wird und dem Schuldner damit wachsende Ausgaben veranlaßt werden. — Mehr Sicherheit gibt dagegen die wirklich vollzogene oder durch die Widersetzlichkeit des Schuldners verhinderte Mobiliarexecution, die Auspfändung[4]), indem sie dem Gläubiger ein Pfandrecht an den abgepfändeten Gegenständen und folgeweise das Recht vorzugsweiser Befriedigung aus dem Erlöse derselben gibt, sobald nur der Gläubiger in den Besitz der Gegenstände immittirt wurde, oder dies durch die Widersetzlichkeit des Schuldners unmöglich geworden war. Als letzter Gegenstand derselben und nur wenn Immobilien nicht oder nicht ausreichend vorhanden sind, ist das Geräth zu betrachten und in Angriff zu nehmen, womit der Schuldner ein Gewerbe betreibt[5]), welches seinen Unterhalt ihm gewährt. — Der hypothekarische Gläubiger dagegen ist auch da, wo es sich um Bezahlung einer Summe Geldes oder anderer fungibler Sachen handelt, an diese Reihenfolge der Executionsordnung nicht gebunden; er kann vielmehr, sobald er mit der Pfandklage seinen Anspruch verfolgt hat, das Pfand zuerst angreifen. Nach Römischem Rechte mußte jedoch auch der hypothekarische Gläubiger, da die Hypothek nur in Folge besondern Vertrags und nicht ohne den Willen des Schuldners den Besitz des Pfandes gab, in den Besitz durch richterliche Verfügung immitirt werden. Den persönlichen Forderungen wurde aber nach Römischem Rechte eine gleiche Sicher-

4) L. 3 C. qui pot. in pignor. (8, 18). L. 1 C. si in caus. judic. (8, 23). L. 10 D. eod. tit. (20, 4). L. 26, §. 1, D. de pignor. act. (13, 7). Cap. 6 X. de sentent. (2, 27). Schmid, Hinterlassene Abhandlungen, II, 331.

5) Arg. L. 7, 8 C. quae res pignor. oblig. (7, 18), vergl. mit L. 234, §. 2, D. de verbor. signif. Puchta, a. a. O., II, 338.

heit dadurch gewährt, daß alle im Römischen Rechte anerkannten Executionsmittel ein gesetzliches Pfandrecht gaben und den Gläubiger in den Besitz des Executionsobjects immittirten. Bei den Executionsmitteln des gemeinen Rechts ist dies nicht ebenso der Fall, namentlich nicht bei der Wacheeinlegung und bei der Subhastation der Immobilien des Schuldners, wenn nicht eine Immission des Gläubigers ausdrücklich stattgefunden hat, weil durch beide der Besitz des Pfandgegenstandes nicht erlangt, dieser bei der erstern sogar völlig unbestimmt ist, ohne Besitz aber die Folgen, welche das Römische Recht an das pignus judiciale band, nicht denkbar sind. Wichtig ist dies namentlich, wenn nachher über den Schuldner Concurs ausbricht, ehe der Sieger befriedigt ist. Deshalb ist es rathsam, sobald Landesgesetze nicht anderweite Bestimmungen enthalten, sich auch bei Subhastationen genau nach dem Römischen Rechte zu richten und vorerst Immission in das zu verkaufende Grundstück nachzusuchen.

II. Kommt es aber zur Subhastation [6]) eines Grundstücks, worunter man den vor einer öffentlichen Person veranstalteten Verkauf einer unbeweglichen Sache versteht, so ist die freiwillige [7]) von der nothwendigen zu unterscheiden. Die erstere geschieht nur des öffentlichen Glaubens, des Beweises wegen unter Concurrenz einer öffentlichen Person, welche daher auch nicht nothwendig der zuständige Richter der belegenen Sache sein muß, vielmehr auch ein Notar sein kann. Es hängen daher auch der Zuschlag und die Bedingungen des Verkaufs ganz vom Ermessen der Interessenten ab, nicht aber von den Bestimmungen des Richters oder Notars, welche nicht befugt sind, jenen etwas vorzuschreiben. Ganz anders verhält sich das bei der nothwendigen Subhastation, indem diese zur Vollziehung eines rechtskräftigen Erkenntnisses und deshalb nur von dem competenten Richter der belegenen Sache zuständigerweise vorgenommen werden kann. Das subhastirende Gericht handelt dabei gleich-

---

6) Puchta, a. a. O., §. 255. Derselbe, im Concursproceß, §. 57 fg. Bayer, a. a. O., S. 1110 fg. Schmid, a. a. O., S. 352 fg.

7) Lobethan, Praktische Beiträge, I, 23.

sam als Obervormund, so daß die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers über die Sache, namentlich rücksichtlich der Art und Weise, sowie der Bedingungen des Verkaufs suspendirt ist, damit er den Zweck der Execution nicht vereitele. Hier bestimmt daher das verkaufende Gericht die Bedingungen des Verkaufs, prüft die Zulässigkeit der einzelnen Licitanten, und sucht allen vermeidlichen Schaden, besonders einen zu wohlfeilen Verkauf, vom Schuldner abzuwenden. In gleicher Weise hat der Richter aber auch das Interesse des Gläubigers durch Beschleunigung der Execution und durch Beachten seiner Vorstellungen, wenn derselbe gefährdet zu sein glaubt, wahrzunehmen. Der Richter ertheilt daher nach eigenem Ermessen den Zuschlag und fertigt die Uebereignungsurkunde, den Adjudicationsbrief, im Namen des Gerichts aus. Nur durch Bezahlung alles dessen, was der Schuldner zu bezahlen hat, kann der Schuldner, sobald die Zahlung vor dem Zuschlage erfolgt, die Subhastation abwenden, concurrirt aber bei dem Verkaufe selbst weiter nicht, weil seine Rechte als Eigenthümer durch die dem Gläubiger gegebene Immission in den Besitz suspendirt worden sind. — Die Subhastation ist übrigens ihrer rechtlichen Natur nach nicht als ein Kaufvertrag unter der Bedingung, daß der Verkäufer von dem Vertrage abgehen dürfe, wenn ihm innerhalb bestimmter Zeit bessere Bedingungen geboten werden — addictio in diem —, welche als stillschweigend gestellt anzunehmen wäre, zu betrachten. Denn ohne specielle Abrede oder gesetzliche Vorschrift, welche hier fehlt, versteht sich dieser Vertrag nicht von selbst [8]). Richtiger ist es in dem Subhastationsverfahren bis zum ertheilten Zuschlage, Tractaten zu dem projectirten Verkaufe zu erblicken. Rücksichtlich der äußern Form der Subhastationen weichen die Landesgesetze sehr von einander ab; wesentlich erscheinen nach gemeinem Rechte: die öffentliche Bekanntmachung des Verkaufs unter Angabe eines bestimmten Tages, an welchem dieser stattfinden soll, die Versteigerung in dem Termine selbst, der Zu-

8) Denn L. 4 C. de fide et jur. hast. fisc. (10, 3) redet nur von Subhastationen des Fiscals und leidet nach L. 1 C. de vendend. reb. civit. (11, 31) und L. 21, §. 7, D. ad municip. (50, 1) keine Ausdehnung.

schlag, die Bestimmung und Einhaltung des Zahlungstermins, der Adjudicationsbrief. In dem Proclama der Subhastation wird eine genaue Beschreibung des Objects, sowie eine specielle Angabe der Verkaufsbedingungen erfordert.

III. Zu dem, was im Compendium §. 271 unter 5 über die letzte Art der Hülfsvollstreckung bei Rechtsstreitigkeiten, bei denen es sich um Leistung von Zahlungen handelt, vorgetragen ist, bleibt nichts hinzuzufügen. — Auch die §§. 272, 273 über die Execution wegen Ablieferung einer individuellen Sache, oder wegen persönlicher Leistungen bedürfen eines Zusatzes nicht.

Dritte Hauptabtheilung.

Von der Rechtsverfolgung selbst.

Zweiter Abschnitt.

Insbesondere von dem Verfahren außer dem förmlichen Concurse.

Dritte Unterabtheilung.

Von den Haupthandlungen in der Instanz der Rechtsmittel.

§. 274.

I. Im Allgemeinen.

a) Begriff.

I. Nach beendigter Darstellung des regelmäßigen Ganges eines Rechtsstreits auch im Einzelnen — sei er nun im ordentlichen oder summarischen Proceßverfahren verhandelt worden — folgen nunmehr außerordentliche Aufritte desselben, welche eine im einzelnen Falle vorhandene besondere Veranlassung zu denselben voraussetzen, dann aber, sobald diese eingetreten ist, zu jeder Zeit und in allen Lagen der Hauptsache sich einschieben können. Dahin gehören aber vor Allem die Rechtsmittel [1]) im engern Sinne, welche überhaupt nicht wesentliche Theile

---

1) Außer den in Note * genannten Schriftstellern: Heffter, System, §. 433. Schmid, Handbuch, III, 360 fg., §. 225 fg. Bayer, Vorträge über den Civilproceß (8. Aufl.), S. 1005 fg.

eines Rechtsstreits, sogar nicht einmal bedingt wesentliche sind, selbst wenn von Seiten des Richters eine Verletzung herbeigeführt worden wäre, da sie in ihrer Anwendung vom Gutdünken des Verletzten abhängen und das Unterlassen der Benutzung keine Nichtigkeit herbeiführt. Es ist bereits oben (§. 123, S. 1) angeführt worden, daß es eine Instanz der Rechtsmittel gibt, welche gegen Despotismus und Irrthum des Richters schützen soll und zugleich die letzte Schutzwehr des materiellen Rechts gegen das Formelle bildet, sobald eine Partei deshalb Beschwerde führt. Die Grundzüge einer allgemeinen Charakteristik dieser Instanz wurden (§. 137, S. 103 fg.) durch die Bemerkung gegeben, daß nach Römischem Rechte nur am Ende des Processes Appellationen erlaubt waren, also einen successiven Incidentstreit bildeten, wogegen nach Kanonischem Rechte dieselben in jedem Stadium des Rechtsstreits zulässig und deshalb darin ein präjudicieller Incidentstreit enthalten sei, welcher auf analoge Art, wie der Hauptstreit, zu Ende zu befördern sei. Jetzt ist hiervon das Genauere vorzutragen, und zwar zuvörderst das Allgemeine aller Rechtsmittel, deren Begriff und Arten, dann das Besondere der einzelnen Arten, der ordentlichen Rechtsmittel, von diesen wieder im Allgemeinen deren Wirkung, Zulässigkeit, Verfahren und Behinderung, dann speciell von den Appellationen, den Rechtsmitteln vor demselben Richter, der heilbaren Nichtigkeit und den außerordentlichen Rechtsmitteln.

II. Wenn durch das Betragen oder die Beschlüsse eines Civilrichters als solchen, sei es nun durch eine Entscheidung oder Proceßleitung, oder durch eine sonstige Handlung des Gerichts, irgend einer Person eine Kränkung an ihrem Rechte widerfährt, so ist diese berechtigt, deshalb eine Entschädigungsklage [2]) gegen den Richter insofern zu erheben, als demselben dabei mindestens ein Verschulden zur Last fällt. Dabei kommt aber darauf nichts an, ob der Beschädigte im Stande gewesen wäre, diesen Nachtheil auf rechtlichem Wege von sich abzuwenden, indem das Ge-

---

2) Pr. J. de obl. quae quasi ex delicto (4, 5). L. 6 D. de extraordin. cognit. (50, 13). L. 15, §. 1, D. de judic. (5, 1). Gönner, Handbuch, III, Abh. 56, §. 4—9, und die oben §. 67, Note 4, S. 409, Genannten.

richt hierdurch nicht gerechtfertigt wird, und die Regreßklage keineswegs subsidiär stattfindet (§. 67, S. 410). Allein dieser Ausweg ist für den Gekränkten nicht immer der sicherste und auf jeden Fall mit vielen Weitläufigkeiten verknüpft, daher diejenige Partei, welche in einem Processe vom Gerichte verletzt worden ist, es mit Recht vorzieht, wenigstens zuerst einen Versuch zu machen, die Läsion in ihrer Entstehung abzuwenden, nach dem Grundsatze des Römischen Rechts: „Melius est jura intacta servari quam post causam vulneratam remedium quaerere" [3]). Zu diesem Zwecke bedient sich dieselbe eigentlicher Rechtsmittel, durch welche sie eine wiederholte Prüfung des richterlichen Benehmens veranlaßt und, insofern dasselbe ungerecht war, dessen Abänderung auswirken, zugleich aber auch die Vollziehung des richterlichen Beschlusses verhüten oder wieder aufheben lassen will.

III. Diese Rechtsmittel unterscheiden sich daher sehr leicht von den wahrhaften Klagen, welche gegen den Richter als solchen erhoben werden: 1) durch die Person dessen, mit dem hier Proceß zu führen ist. Denn diese ist bei den wahren Rechtsmitteln kein anderer als der bisherige Gegner im Processe, welcher sich aus dem richterlichen Betragen einen Vortheil zueignen will, also gewissermaßen Theil nimmt an der Ungerechtigkeit des Richters, wogegen der bisherige Richter, wiewol er der eigentliche Urheber der Verletzung ist, bei den Rechtsmitteln nicht aufhört, in seinen richterlichen Functionen zu erscheinen, an der Verhandlung des Rechtsmittels selbst aber keinen Antheil nimmt; 2) dadurch, daß bei den wahren Rechtsmitteln der ursprüngliche Proceß zwischen den Parteien fortgesetzt wird, und deren Verhandlung blos einen Bestandtheil desselben bildet, während mit der Regreßklage ein neuer selbständiger Proceß beginnt; endlich 3) daß die Rechtsmittel nur dazu dienen sollen, eine zwar drohende, aber noch nicht vollendete Verletzung abzuwenden, während die Regreßklage die Vergütung eines schon erlittenen Schadens bezweckt. — Dieser letztere Unterschied kann zwar die exceptiones sub- et obreptionis, der man sich im Processe auch bedient, als den Rechtsmitteln vor demselben

3) L. 5 C. in quib. caus. in integr. restit. (2, 41).

Richter ähnlich darstellen; allein dieselben bleiben dessenungeachtet von den wahren Rechtsmitteln dadurch verschieden, daß die letztern, wie eine Klage ohne einen vorhergehenden Angriff ein processualisches Verfahren selbständig veranlassen und einen neuen Incidentstreit eröffnen, wogegen die exceptiones sub- et obreptionis einen vorangegangenen Angriff von Seiten der Partei voraussetzen, gegen welchen man sich durch sie vertheidigt, und nur dazu dienen, diesen Angriff abzuwenden, deshalb aber einen Bestandtheil des Hauptprocesses und keinen bloßen Incidentstreit bilden.

IV. Die eigentlichen Rechtsmittel gegen angeblich ungerechte Verfügungen, oder gegen das amtliche Benehmen eines Gerichts, erhalten aber die genauere Bestimmung ihrer rechtlichen Natur aus der Verschiedenheit der Verletzungen, welche von dem Richter als solchem drohen; denn diese können entweder aus der richterlichen A. Unthätigkeit und Langsamkeit oder B. aus des Gerichts positiver Thätigkeit entstehen. Was die Beschwerden über die erstere betrifft, so sind diese eigentlich keine Justiz-, sondern eine Disciplinarsache, welche vor die oberaufsehende (nicht eine richterliche) Behörde gebracht werden müssen. In Ansehung der höchsten Justizhöfe bildet jedesmal das Cabinet des Regenten die entscheidende Stelle, und ergibt sich hieraus ohne Weiteres, daß in solchen Fällen von einer richterlichen Entscheidung die Rede nicht sein kann. Auch kommt es bei Beurtheilung derartiger Vorkommnisse nicht auf die Subsumtion des einzelnen Falles unter die Gesetze, sondern auf eine Beurtheilung des Umfanges und der Menge der Amtsgeschäfte an, welche dem langsamen Gerichte obliegen, indem man hieraus abzunehmen hat, ob dasselbe ein Vorwurf wegen der Langsamkeit trifft oder nicht. Da hiernach die sogenannten querelae protractae vel denegatae justitiae (§. 309) einen directen Einfluß auf den Rechtsstreit nicht haben, werden dieselben von allen Rechtsmitteln in Ansehung ihrer Erfordernisse, Folgen und Behandlungsart getrennt und als einfache Beschwerden behandelt. Dem langsamen Gericht können dieselben allerdings Verurtheilung zu den Kosten und wol gar zum Schadenersatz alsdann zuziehen, wenn, wie das in Deutschland üblich ist, den Appellationsgerichten auch diese Oberaufsicht über die Untergerichte ihres

Sprengels übertragen worden ist, und ihnen daher die Befugniß zusteht, über den Schadenersatz mit zu erkennen, falls die Regreß-klage mit der Querel cumulirt ist. — Haben dagegen die aus dem Benehmen eines Gerichts drohenden Verletzungen in einer positiven, angeblich den Gesetzen nicht angemessenen Thätigkeit eines Richters als solchen ihren Grund, so ist zu unterscheiden, ob dergleichen in nichtstreitigen oder in streitigen Rechtssachen vorgekommen sind. Denn wenn es auch in den nichtstreitigen Rechtssachen, bei Handhabung der sogenannten Rechtspolizei, welche den deutschen Gerichten bekanntlich übertragen ist, gegen solche Verletzungen eigentlich einen andern Weg gibt, wie man sich über das Gericht beschweren könnte, weil es hier an einem Gegner fehlt, den man nur im eigentlichen Rechtsstreite hat, und weil von eigentlicher Rechtskraft bei den Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht die Rede sein kann, so hat doch schon das Römische Recht [4]) auch in diesen Fällen die Appellationen analog angewendet. Heutigentags ist das aber nicht nur ebenso beobachtet, sondern auch auf alle andere Rechtsmittel des Civilprocesses, die Leuterungen und Revisionen u. s. w. ausgedehnt worden, indem man diese alle, wie die Rechtsmittel im wahren Processe bei den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit es geht, benutzt, und die Fälle dieser Art nur dadurch charakterisirt, daß man ihnen den besondern Namen eines remedii extrajudicialis ab objecto beilegt.

V. Wenn dagegen in einer streitigen Rechtssache aus einer **positiv widerrechtlichen Thätigkeit** des Richters als solchen ein Nachtheil bevorsteht, dann und nur in diesem Falle ist die Rede von wahren remediis judicialibus ab objecto. Rechtskränkungen dieser Art, welche einer Partei im Processe durch die wirkliche Thätigkeit des Gerichts zugefügt werden, sich jedoch

---

4) Z. B. L. 1, §. 1, D. quando appell. (49, 4) — Si quis tutor datus fuerit vel testamento, vel a quo alio, qui jus dandi habet, non oportet eum provocare — sed intra tempora praestituta excusationem allegandam habet, et si fuerit pulsa, tunc demum appellare debebit: caeterum ante frustra appellatur. **Puchta**, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (2. Ausg.), §. 130 fg. **Gönner**, Handbuch, III, Abh. 67, §. 14 fg.

wieder abändern lassen, sind offenbar eine Justizsache, und können zur Beurtheilung nur an ein anderes Gericht gehören. Denn es ist hierbei nothwendig, daß der einzelne Fall mit dem Gesetze verglichen und danach bestimmt werde, ob eine wahre Rechtskränkung vorhanden sei und wie derselben abgeholfen werden könne. Dabei macht es auch keinen Unterschied, wie die Kränkung erfolgt ist, ob durch Bewilligung widerrechtlicher Anträge des Gegners, oder durch Verweigerung irgend eines Antrags der gekränkten Partei selbst, insofern diese ein vollkommenes Recht auf Gewährung eines solchen Antrags zu haben behauptet; ja sogar die ausdrückliche Verweigerung der Rechtspflege überhaupt ist Gegenstand eines solchen Rechtsmittels, mag es sich übrigens handeln um eigentliche Urtheile, oder um widerrechtliche Proceßleitung, durch welche letztere die Justiz verzögert wird, indem unnütze Proceßschritte angeordnet werden. — Bei solchen Gegenständen nun kann die begehrte weitere Prüfung des angefochtenen richterlichen Verfahrens nur nach den Regeln des Civilprocesses geschehen; denn diejenige Partei, welcher der richterliche Beschluß zum Nutzen gereicht, kann wohlerworbene Rechte aus demselben erlangen, muß folglich gehört werden über Grund oder Ungrund der Anfechtung, und deshalb bilden alle wahren Rechtsmittel im Processe einen neuen Incidentstreit zwischen den beiden ursprünglichen Parteien während der Dauer der Hauptsache, ohne daß der gravirende Richter mit in diesen Streit verwickelt wird, weil er selbst nicht interessirt ist bei Aufrechterhaltung oder Abänderung seines auf diese Weise angefochtenen Beschlusses oder Verfahrens. — Hieraus ergibt sich aber unter Anderm auch der Unterschied zwischen wahrhaften judiciellen Rechtsmitteln und den Prüfungen des richterlichen Verfahrens, welche bei Visitationen der Aemter, oder aus Gründen des öffentlichen Wohles von Amtswegen vorgenommen werden. Denn jene Rechtsmittel können officiell nie ergänzt werden, verlangen vielmehr, wie jede Klage, einen ausdrücklichen Antrag von Seiten derjenigen Partei, welche sich durch die richterliche Verfügung gekränkt glaubt, der daher auch die Rechtskraft der Verfügung entgegenstehen würde, falls sie sich nicht dagegen zur gehörigen Zeit und auf gehörige Art des Rechtsmittels bedient. — Die officielle Prüfung dagegen ist

an keine Zeit und Form gebunden, auch durch keine Rechtskraft ausgeschlossen, ändert aber den einzelnen Rechtsstreit nicht ab, worin jene Verfügung getroffen war, sollte dieselbe auch sich noch so sehr als fehlerhaft dargestellt haben. — Aus dem Bisherigen bestimmt sich der Begriff der wahren judiciellen Rechtsmittel also näher dahin: es sind Anträge einer gerichtsuntergebenen Partei im Civilprocesse, vermöge welcher diese begehrt, daß die Rechtsverletzung, welche ihr vom Richter als solchem durch positive, den Gesetzen jedoch nicht angemessene Thätigkeit in einem bürgerlichen Rechtsstreite droht, durch gerichtliche Prüfung und Abänderung verhütet, an der Realisirung gehindert werde.

§. 275.

b) Verschiedene Arten der Rechtsmittel.

I. Bei solchen Judicialrechtsmitteln macht es nun schon in der Art des Verfahrens und auch in den Wirkungen einen Unterschied, ob durch sie ein richterliches Erkenntniß angefochten wird, welches der Rechtskraft fähig ist, oder ob gegen ein rein proceßleitendes Decret (interlocutio mera), oder wol gar blos gegen eine Handlung des Richters Beschwerde geführt wird. Denn in den letztern Fällen könnte das verletzende Gericht selbst noch eine Abänderung vornehmen und seinen Beschluß zurückziehen, wenn es sich überzeugt, daß dabei gegen die Gesetze gefehlt sei [1]). In diesen Fällen braucht man sich daher eines Rechtsmittels zunächst nicht zu bedienen, sondern nur Gegenvorstellungen zu machen, welche an Zeit und Form nicht gebunden sind, solange nur noch res integra bleibt. Ein Rechtsmittel wird erst dann erfordert, wenn die Gegenvorstellungen vergeblich waren, und darum scheint das Römische Recht in diesen Fällen alle Rechtsmittel für unzulässig [2]) gehalten zu haben. Allein das Kanoni-

---

1) L. 14, D. re judic. (42, 1). Quod jussit vetuitve Praetor, contrario imperio tollere et repetere licet, de sententiis contra.

2) L. 3 C. de appellat. (7, 62).

sche Recht[3]) ist hierin weiter gegangen und hat einer solchen Partei auch ohne vorgängige Gegenvorstellungen erlaubt, gegen solche Beschlüsse des Gerichts, welche der Rechtskraft nicht fähig sind, und gegen derartige bloße Handlungen des Richters sogleich wahre Rechtsmittel einzuwenden, welche provocationes ad causam genannt werden, aber besondere Formen und verschiedene Wirkungen haben. In der Praxis hat man dieselben, von der Form und der Wirkung hergenommen, außergerichtliche (remedia extrajudicialia) genannt, um sie von den Rechtsmitteln in den nichtstreitigen Rechtssachen zu unterscheiden. Im Gegensatz hiervon nennt man die Rechtsmittel gegen Beschlüsse, welche der Rechtskraft fähig sind, gerichtliche (judicialia) im eigentlichen Sinne, und theilt sie wiederum in ordentliche und außerordentliche. Denn bei solchen Rechtsmitteln muß regelmäßig Derjenige, welcher sich gravirt glaubt, zu verhüten suchen, daß das erschwerende Erkenntniß rechtskräftig werde, weil aus der Rechtskraft seinem Gegner neue Rechte erwachsen und in dieser Lage des Rechtsstreits bloße Gegenvorstellungen nichts helfen würden, indem das Gericht, wenn es sich auch von seinen eigenen Fehlern überzeugte, doch nicht berechtigt wäre, ohne ein Rechtsmittel seinen Ausspruch abzuändern[4]). Hieraus ist es dann entstanden, daß man die ordentlichen Rechtsmittel remedia suspensiva nennt, weil durch sie die Rechtskraft und folglich die Execution des angefochtenen Urtheils suspendirt wird, bis erst die neue Prüfung und ein abermaliger Ausspruch über die Rechtmäßigkeit des erstern erfolgt ist. Daß aber auf diese Weise jedes gewöhnliche Rechtsmittel einen Präjudicialstreit für die Hauptsache bildet, welche zwar pendent bleibt, aber nicht eher fortgesetzt werden kann, als bis dieser Incidentpunkt erledigt ist, folgt hieraus von selbst. — Nur ausnahmsweise kann man daher auch solche Erkenntnisse, welche entweder rechtskräftig sind oder es der äußern Form nach hauptsächlich deshalb zu sein scheinen, weil nicht zur rechten Zeit ein Rechtsmittel dagegen

---

3) Cap. 5 i. f., 12 X. de appell. (2, 28); cap. 1 de appell. in VI^to (2, 15). Clem. 3, eod. (2, 12). Gönner, Handbuch, III, 68. Bayer, Vorträge (8. Aufl.), §. 309, S. 1013 fg.

4) L. 55 D. de re judic. (42, 1).

ergriffen ist, dennoch bisweilen anfechten. Diese Ausnahmen heißen dann auch außerordentliche Rechtsmittel (remedia rescissoria), sind aber mit den früher erwähnten außerordentlichen Rechtsmitteln (remedia extraordinaria) nicht zu verwechseln. Es gehören zu dieser Gattung die querela nullitatis insanabilis und die restitutio in integrum praetoria.

II. Nach Römischem Rechte waren die ordentlichen Rechtsmittel so beschaffen, daß die anzustellende neue Prüfung von einem höhern, einem Obergerichte [5]) vorgenommen werden mußte; sie brachten daher den zu entscheidenden Incidentstreit vom Unterrichter an den Oberrichter und wurden deshalb in diesem Falle remedia devolutiva genannt. Der eigenthümliche Name solcher ordentlichen Rechtsmittel war damals Appellation [6]). Für diese war es aber und ist es noch jetzt entscheidend, daß zwar der Ausspruch vom Oberrichter erfolgen muß [7]), dagegen die Instructionen des Verfahrens in der Regel vor dem Unterrichter geschehen müssen und nur selten vor dem Oberrichter erfolgen können. — In Deutschland ist es aber von alten Zeiten her gebräuchlich gewesen, im Civilprocesse remedia non devolutiva, Leuterungen, Revisionen u. s. w. zuzulassen, deren Kennzeichen es ist, daß das nämliche Gericht, gegen dessen Erkenntniß oder Verfahren die Partei sich beschwert, die wiederholte Prüfung anzustellen und die Entscheidung darüber abzugeben hat, ob es bei dem Erkenntnisse verbleiben solle oder nicht. Dieses Kennzeichen wird auch dann nicht geändert, wenn am Schlusse eines Leuterungsverfahrens die Acten an ein auswärtiges Spruchcollegium versendet werden müssen, um in dieser Instanz das Erkenntniß zu fällen; denn die auswärtige Spruchbehörde ist nur Mandatar und Stellvertreter des gravirenden Richters, der bei diesen Rechtsmitteln sein eigenes Erkenntniß zu beurtheilen haben würde, kann dagegen nie als Oberrichter betrachtet werden (§. 69, S. 413). Bei solchen Rechtsmitteln vor demselben Richter werden nun

---

5) L. 1, §. 3, D. de appell. (49, 1). v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, 1, 348 fg.

6) L. 1, §. 3; 21, §. 3 D. de appell. L. 1, pr., 3 D. quis a quo appell. (49, 3).

7) Nov. 119, cap. 5.

nach den Landesgesetzen in der Regel keine Nova zugelassen, d. h. die gravirte Partei muß das Vorhandensein der Beschwerde aus dem Inhalte der bisherigen Acten darthun. Dagegen gestattet das gemeine Recht[8]) bei Appellationen nicht nur sich neuer Unterstützungsgründe zu bedienen und damit die frühern Ausführungen zu verbinden, um dadurch eine Abänderung herbeizuführen, sondern sogar durch wahrhaft neue Thatsachen ein Erkenntniß anzufechten, welches nach dem Inhalte der frühern Acten nicht ungerecht genannt werden konnte, z. B. indem neue Beweise vorgeschlagen werden und deren Anwendung beantragt wird. Die meisten Landesgesetze haben diese Befugniß sehr beschränkt.

§. 276.

II. Insbesondere:

1) Von den ordentlichen Rechtsmitteln.

A. Im Allgemeinen:

a) Deren gemeinschaftliche Wirkungen.

I. Für alle **ordentliche Rechtsmittel** ist zwar die Analogie eines neuzubeginnenden Rechtsstreits die Hauptbasis für den Incidentstreit, den diese Rechtsmittel bilden, jedoch treten dabei vermöge der Verbindung des Incidentstreits mit der Hauptsache und wegen seines Verhältnisses zu dieser folgende **Eigenthümlichkeiten** ein. 1) Die **ursprünglichen Parteirollen** bleiben zwar für die Hauptsache **unverändert**, allein in Hinsicht auf das Rechtsmittel kommt nichts darauf an, ob es der Kläger oder der Beklagte ist, welcher sich desselben bedient, vielmehr hängt Alles davon ab, wer das Rechtsmittel zur Hand genommen hat; denn dieser ist für den Incidentstreit der angreifende Theil und muß insoweit alle Lasten desselben übernehmen. Sollten aber beide Theile zu Rechtsmitteln wider dasselbe

8) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 4, Tit. 33, §. 3 fg. Deputationsabschied von 1600, §. 114. Jüngster Reichsabschied, §. 64, 73, 74, 118. Bayer, a. a. O., §. 311, S. 1019 fg.

Erkenntniß in der nämlichen Lage der Hauptsache gegriffen haben, so tritt die Analogie von Klage und Widerklage ein, indem jeder Theil relativ als angreifender Theil zu behandeln ist. Dieser Grundsatz zeigt sich in seinen Folgen nicht nur in Ansehung der Form aller gerichtlichen Ausfertigungen, welche auf ein Rechtsmittel erlassen werden, indem dabei immer der Appellant, Leuterant u. s. w. zuerst genannt wird, sondern es zeigt sich dieser Satz auch materiell als wichtig, indem die allgemeine Regel, daß ein Kläger nicht verurtheilt, sondern höchstens mit der Klage abgewiesen werden könne, auf die Rechtsmittel ebenfalls angewendet und deshalb in der Instanz der Rechtsmittel nicht noch mehr zum Nachtheil des Appellanten das angefochtene Urtheil abgeändert werden kann [1]) (reformatio in pejus), vielmehr im schlimmsten Falle das frühere Urtheil lediglich bestätigt werden muß. Uebrigens kann auch bei einem Rechtsmittel jeder beim Ausgang der Sache interessirte Dritte [2]) als Intervenient auftreten, so daß es Rechtsmittel von Personen gibt, welche an dem bisherigen Rechtsstreit keinen Antheil genommen haben; nur werden diese immer Streitgenossen der einen Partei sein, mit welcher sie gleiches Interesse haben, die Rechtskraft des Erkenntnisses abzuwenden, für diese mithin accessorisch interveniren.

II. Der eigentliche und nächste Gegenstand des neuen Incidentstreits besteht 2) in denjenigen Theilen des angefochtenen Erkenntnisses, deren Abänderung begehrt wird, also im Objecte der Beschwerden. Der Gegenstand des Hauptprocesses kommt daher hier nur insofern in Betracht, als die angefochtenen Theile des Erkenntnisses consequenter Weise einen Einfluß auf ihn äußern, was besonders bei Rechtsmitteln gegen die Proceßleitung häufig der Fall ist. Nach dem Objecte der Beschwerden hat man denn auch die Competenz des Oberrichters zu beurtheilen, welcher beinahe überall nur dann ein Rechtsmittel annehmen darf, wenn der Gegenstand der Beschwerden einen gewissen Geldwerth hat; man pflegt dies die summa remedii oder appellabilis zu nennen.

---

1) Anderer Meinung sind: v. Arnold, Archiv für civil. Praxis, XXVIII, 73. Sartorius, daselbst, XXXI, 83 fg., 313 fg. v. Linde, daselbst, XXXII, 149. Schmid, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, IV, 25 fg.

2) L. 4, §. 2, 5, D. de appellat. (49, 1). Bayer, a. a. O., S. 1040.

Aus diesem Grunde ist es durchaus nothwendig, daß Derjenige, welcher ein Rechtsmittel ergreift, die einzelnen Beschwerden, wegen deren er sich des Rechtsmittels bedient, speciell namhaft macht; denn alle nicht namentlich angegebene Streitpunkte, auf welche das Erkenntniß sich bezieht, gehen, sobald Rechtsmittel dagegen nicht angewendet werden, in Rechtskraft über und können in der Folge bei Gelegenheit der Beurtheilung des Rechtsmittels nicht abgeändert [3]) werden, wie sich dies schon aus der Natur der partiellen Rechtskraft (§. 113, II, S. 555) ergibt.

III. Was die Proceßart bei Ausführung eines Rechtsmittels betrifft, so kann in Ansehung dieser die Hauptsache durch die Incidentsache mehr nicht leiden [4]), als aus der Natur einer Präjudicialsache und aus dem daraus entstehenden Suspensiveffecte des Rechtsmittels folgt. Wäre daher die Hauptsache im summarischen Processe verhandelt, so muß auch das Rechtsmittel nach deren Analogie summarisch geleitet werden, und selbst wenn im ordentlichen Processe geklagt ist, wird nicht selten das Rechtsmittel als ein bloßer Nebenpunkt schneller und daher summarisch behandelt.

IV. Die Mittel zur Vertheidigung, welche in diesem Incidentstreite A. der gravirten Partei erlaubt sind, haben eine gewisse Aehnlichkeit mit den Klagen; denn auch bei diesen bittet der Appellant, Leuterant u. s. w. um eine positive Verfügung des Richters zu seinen Gunsten, um eine Art Verurtheilung seines Gegners, jedoch nicht gestützt auf eine Verletzung, welche ihm von diesem zugefügt worden wäre und am wenigsten auf eine außergerichtliche, sondern vielmehr gestützt auf die Behauptung eines Dienstfehlers, welchen das Gericht begangen habe. Auf diesen Fehler ist dann auch der Syllogismus in dieser Instanz zu richten, weil darauf nie eine Beschwerde gerichtet werden kann, daß der vorige Richter die Sache zweckmäßiger hätte behandeln können, sondern weil dargethan werden muß, daß er zu einer andern Behandlung der Sache vollkommen verpflichtet war, und durch sein jetziges Erkenntniß gegen das Gesetz ver-

---

3) Arg. L. un., §. 5, D. nihil innov. appellat. interpos. (49, 7). L. 29, §. 1, D. de minorib. (4, 4). Gönner, Handbuch, III, Abh. 57, §. 17.

4) Arg. L. 54 D. de judic. (5, 1).

stoßen hat. Bei diesem Syllogismus treten dann aber eigenthümliche Beschränkungen des Gebrauchs als Bedingungen des Rechtsmittels selbst ein, wie sich deren bei keiner Klage finden; diese werden mit dem Namen der Fatalien oder Formalien des Rechtsmittels bezeichnet. Bei den verschiedenen Rechtsmitteln sind diese verschieden, so daß man höchstens die Beobachtung des Decendii als allgemeine Bedingung der Rechtsmittel betrachten kann. Uebrigens ist es auch hier, wie bei Anstellung einer Klage, erlaubt, eine objective Cumulation vorzunehmen, theils in Ansehung mehrer Beschwerden, welche in derselben richterlichen Verfügung ihren Grund haben, und wodurch man sich das Recht auf Zusammenrechnung des Betrags aller dieser Beschwerden begründet[5]); theils aber auch in Ansehung der mehren Rechtsmittel, welche alle in Bezug auf dieselbe Beschwerde alternativ oder successiv zur Hand genommen werden, indem man sogar außerordentliche Rechtsmittel mit den ordentlichen verbinden[6]) kann. — B. Was den Beklagten in dieser Instanz betrifft, den durch dieses Rechtsmittel Angegriffenen, so hat derselbe zunächst ein vollständiges Recht, sich gegen den neuen Angriff zu vertheidigen, um dadurch das angefochtene richterliche Verfahren oder Erkenntniß aufrecht zu erhalten. Zu diesem Zwecke bedient er sich einestheils einer negativen Litiscontestation, natürlich nur dann, wenn bei dem Rechtsmittel zu dessen Begründung neue Thatsachen angeführt werden; anderntheils der Einreden, deren es hier eigenthümliche, welche von den Bedingungen des Rechtsmittels hergenommen werden, gibt, z. B. der exceptio desertionis remedii, einer Art exceptio rei judicatae, oder der exceptio non devolutionis, als einer Art exceptio fori declinatoria, vorzüglich aber der exceptio irrelevantiae gravaminum, welche gleichsteht der Einrede der nicht begründeten Klage. Nicht weniger können, namentlich wenn neue Thatsachen vorgetragen sind, außer den Einreden auch Repliken und Dupliken, wie in der

5) L. 10, §. 1, D. de appellat.

6) Reichskammergerichtsordnung Th. 3, Tit. 34, §. 1. Gönner, a. a. O., III, Abh. 57, §. 29. Anderer Meinung: v. Bülow und Hagemann, III, Erört., 63.

ersten Instanz, so auch in der Instanz der Rechtsmittel vorkommen.

V. Der Angegriffene hat aber außerdem noch das **Recht**, dem **Rechtsmittel zu adhäriren**, welches der gemeinrechtlichen Widerklage im ersten Verfahren ähnlich ist. Denn es besteht in der Befugniß des Appellanten, das nämliche Rechtsmittel, welches der Gegner ergriffen hat, gegen dieselbe richterliche Verfügung, welche von diesem angefochten worden ist, zur Hand zu nehmen, um eine dem Appellaten günstige Aenderung der richterlichen Verfügung auszuwirken. Von dieser Adhäsion gibt es aber zwei wesentlich verschiedene Arten, welche wenigstens in der Praxis mit besondern Namen bezeichnet werden, nämlich A. die **Principaladhäsion** [7]), d. h. der selbständige Gebrauch des Rechtsmittels, welches auch der Gegner bereits ergriffen hat, gegen das nämliche Erkenntniß. Hierbei kommt es nur darauf an, welche von beiden Parteien zuletzt das Rechtsmittel einwendete; jede derselben aber muß die Fatalien und Formalien des Rechtsmittels gehörig beobachtet haben. Ist dies geschehen, so kann jede Partei ihre eigenen Beschwerden aufstellen, und es ist nur zufällig, wenn die beiderseitigen Beschwerden denselben Punkt betreffen. Auch muß in diesem Falle jedes der beiden Rechtsmittel unabhängig von dem andern geprüft werden, sollte gleich der Gegner später sein Rechtsmittel haben fallen oder desert werden lassen. — Dagegen ist B. die **accessorische Adhäsion** [8]) der Gebrauch desselben Rechtsmittels gegen dasselbe Erkenntniß, welches vom Gegner angefochten ist, ohne daß dabei von Seiten des Adhärenten die Formalien und Fatalien des Rechtsmittels zu beobachten wären, jedoch nur in Ansehung des auch vom Gegner gerügten Streitpunktes. Diese Adhäsion gründet sich auf die Gemeinsamkeit des Rechtsmittels, welche man aus der einmal suspendirten Rechtskraft des angefochtenen Erkenntnisses nach Analogie eines judicii

7) **Gönner**, a. a. O., III, Abh. 57, §. 19. — v. **Linde**, Lehrbuch, §. 589, findet diese Bezeichnung sehr unpassend.

8) **Gönner**, a. a. O., §. 20—29. **Almendingen**, Metaphysik, S. 1767 fg. **Mittermaier** im Archiv für civil. Praxis, VII, 887. **Linde**, Handbuch der Rechtsmittel, II, §. 195 fg. **Schmid**, Handbuch, III, 450. **Bayer**, a. a. O., S. 1064.

duplicis herleitet. Man muß aber diese Art der Adhäsion auch auf die nämlichen [9]) Beschwerden beschränken, welche der Gegner aufgestellt hat, so daß dabei keine andern als die gemeinschaftlichen Beschwerden vorkommen können, und derselben dann überhaupt keinen Erfolg einräumen, wenn das hauptsächlich ergriffene Rechtsmittel entweder nicht gebührend fortgestellt oder sonst unzulässig [10]) geworden ist. Die natürlichste Veranlassung zu einer solchen accessorischen Adhäsion gibt die gerichtliche Aufforderung, die vom Gegner vorgetragenen Beschwerden zu beantworten, weshalb denn dieselbe auch regelmäßig in der Einredeschrift auf das Hauptrechtsmittel vorgetragen wird. Ist nun aber diese Schrift eingereicht worden, ohne daß darin von einer Adhäsion etwas gesagt wäre, so kann dann dieselbe von Amtswegen nicht supplirt werden, sollte sich gleich der Oberrichter überzeugen, daß Anlaß zu einer accessorischen Adhäsion vorhanden gewesen wäre. — In den Fällen dagegen, wo über ein Rechtsmittel, ohne vorher den dadurch Angegriffenen zur Widerlegung desselben aufgefordert [11]) zu haben, definitiv entschieden wird, soll bei Abfassung eines neuen Erkenntnisses die accessorische Adhäsion allerdings von Amtswegen supplirt werden. Es muß daher hier zu Gunsten des Appellaten in Ansehung des nämlichen Beschwerdepunktes, welchen der Appellant aufgestellt hatte, ebenso ungebeten erkannt werden, als wäre die accessorische Adhäsion ausdrücklich erfolgt, und das ist einer von den Fällen [12]), wo ausnahmsweise in pejus reformirt werden kann.

VI. In Ansehung des **Gerichts**, welches bei einem Rechtsmittel thätig ist und in dieser Beziehung eigene Rechte und

---

9) Anderer Meinung: Linde, a. a. O., §. 204. Schmid, S. 458 fg.

10) L. 39 C. de appell. (7, 62). Ueber die verschiedenen Ansichten, Schmid, a. a. O., Note 22, auch S. 463.

11) L. 39 C. cit.; L. 10 C. quando provoc. non est necesse (7, 64). Gönner, a. a. O., S. 177. Bayer, a. a. O., S. 1065. Weiter gehen: Linde, Handbuch II, 257. Schmid, a. a. O., S. 462 fg. Ueber sächsisches Recht vergl. Heine in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen, Neue Folge, IV, 249.

12) Bayer, a. a. O., S. 1066. Anderer Meinung: Schmid, a. a. O., S. 459 fg. und die Note 1 Genannten.

Pflichten hat, bildet es zuvörderst eine allgemeine Eigenthümlichkeit, daß die Competenz hier häufiger als sonst von einem gewissen Betrage des Streitobjects abhängig ist, da man nicht nur eine summa appellabilis [13]), sondern auch eine summa revisionis, leuterationis etc. hat. Im gemeinen Rechte ist jedoch diese Summe nicht fest bestimmt, weil man mit Rücksicht auf die eigenthümliche Stellung des Reichskammergerichts die darin ertheilten Vorschriften [14]) auf andere Gerichte nicht anwenden kann. Wäre nun in einem einzelnen Lande zwar die Höhe jener Summe, nicht aber die Art dieselbe zu berechnen, genauer vorgeschrieben, so würde man sich subsidiär allerdings nach den Bestimmungen zu richten haben, welche darüber bei dem Reichskammergericht galten. — Außer dieser Eigenthümlichkeit kommt besonders bei den devolutiven Rechtsmitteln das Verhältniß zweier Gerichte in Betracht, welche beide gewissermaßen während der Verhandlung eines solchen Rechtsmittels thätig sind, wogegen im gewöhnlichen Laufe des Processes nur ein einziges Gericht, das, bei welchem der Rechtsstreit anhängig ist, mit demselben sich beschäftigt. Man muß nämlich bei diesen Rechtsmitteln den judex a quo und den judex ad quem unterscheiden: jener ist der Unterrichter, durch welchen die Beschwerde zugefügt sein soll (a quo gravamen illatum esse dicitur); dieser dagegen ist das Obergericht, welches die verlangte Prüfung vorzunehmen und über das Rechtsmittel zu entscheiden hat. Zwar existiren diese Gerichte als wahrhaft getrennte bei den nichtdevolutiven Rechtsmitteln nicht, allein auch bei diesen müssen analog die Grundsätze von jener Trennung bei den Appellationen wenigstens dann angewendet werden, wenn die Entscheidung über die Leuterung u. s. w. durch Actenversendung auswärts eingeholt werden muß, indem dann der judex a quo, während der Instruction

---

13) Archiv für civil. Praxis, IX, 229; XI, 91 fg., 204 fg. Zeitschrift für Civilrecht und Praxis, X, 188 fg.; XVIII, 141 fg., besonders Pfeifer, Praktische Ausführungen, VI, 211 fg. Schmid, a. a. O., §. 228, S. 377 — 409. Bayer, a. a. O., S. 1055.

14) Reichskammergerichtsordnung von 1521, Tit. 24; von 1555, Th. 2, Tit. 28, §. 4. Reichsabschied von 1570, §. 66, 67. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 14. Jüngster Reichsabschied, §. 112 fg.

des Rechtsmittels, sich auf gleiche Weise wie ein Richter, von dem appellirt worden ist, hinsichtlich der Fortsetzung des Rechtsstreits zu benehmen hat. Von dem judex a quo bei devolutiven Rechtsmitteln gilt nämlich regelmäßig das Princip, daß er den Ausgang des Rechtsmittels abzuwarten hat, ehe er in Rücksicht der angefochtenen Punkte der gravirenden Entscheidung einen weitern Proceßschritt vorzunehmen hat, weil jedes ordentliche Rechtsmittel eine Präjudicialfrage enthält, wodurch nicht allein die Rechtskraft, sondern auch die Vollziehung der frühern Entscheidung aufgehoben [15]) (Suspensivkraft des Rechtsmittels) wird. Von dieser suspensiven Kraft der Rechtsmittel treten allerdings Ausnahmen, jedoch nur aus dreierlei Gesichtspunkten ein: 1) weil das eingewendete Rechtsmittel ein blos extrajudicielles dem Effect nach ist; denn derartigen Rechtsmitteln, welche es nur mit einer solchen Verfügung zu thun haben, die nicht rechtskräftig werden kann, hat das Kanonische Recht [16]) den suspensiven Effect entzogen. Daher ist namentlich gegen die Eröffnungen des Concurses ein Rechtsmittel mit Suspensiveffect nicht zulässig. Die Suspensivkraft eines Rechtsmittels fällt 2) nach der Natur gewisser summarischer Proceßarten [17]) dann hinweg, wenn Derjenige das Rechtsmittel ergreift, welcher in dieser Proceßart verurtheilt worden war, so z. B. im Arrest-, Executiv- und unbedingten Mandatprocesse. Wäre dagegen der Kläger mit solchen Ansprüchen zurückgewiesen worden, und bediente sich nun dagegen des Rechtsmittels, dann würde demselben keine solche Einschränkung in den Weg gelegt werden. Endlich wird 3) den Provisorien in einzelnen Fällen der Suspensiveffect deshalb entzogen, weil hierbei periculum in mora vorhanden ist, so z. B. wenn das angefochtene Erkenntniß laufende

---

15) L. un. D. nihil innov. appell. interpos. (49, 7). L. 6 D. de appell. recip. (49, 5). L. 3 C. quando provoc. (7, 64). Nov. 134, cap. 3 i. f. Cap. 7 de appellat. in VIto (2, 15). Jüngster Reichsabschied, §. 59, 124. Bayer, a. a. O., S. 1057 fg. Linde, Handbuch, III, 159.

16) Cap. 7, 10 de appell. in VIto (2, 15). Reichsabschied von 1594, §. 94.

17) Jüngster Reichsabschied, §. 107. Reichsabschluß von 1670, in Bergmann's Corpus jur. judiciar., S. 468.

Alimente[18]) betrifft und dagegen appellirt wird, oder in Deichsachen u. s. w.

VII. Der judex ad quem hingegen ist hinsichtlich des Rechtsmittels ganz wie der Richter eines neu zu beginnenden Rechtsstreits zu betrachten, und muß alle Rechte und Pflichten eines solchen beobachten, besonders seine eigene Competenz genau prüfen. Aus dieser Analogie erklärt und entscheidet sich die Concurrenz mehrer Obergerichte, welche namentlich bei den devolutiven Rechtsmitteln ehemals vor den Reichsgerichten stattfand und nach den Principien der Prävention entschieden werden mußte. — Am wichtigsten ist das Rechtsverhältniß dieses Richters hinsichtlich des neu zu fällenden Erkenntnisses, indem er dabei genau zu bestimmen hat, wie weit das Rechtsmittel verworfen wird, also eine confirmatoria eintritt (ähnlich der sententia absolutoria), oder wie weit das frühere Erkenntniß reformirt wird, mithin eine Verurtheilung derjenigen Partei erfolgt, gegen welche das Rechtsmittel ergriffen wird. Es erklären sich hieraus auch die Formeln der definitiven Erkenntnisse über ein Rechtsmittel, welche bei allen Abänderungen zuerst negativ hervorheben, was in dem vorigen Urtheile so nicht hätte lauten sollen, und dann positiv dasjenige anführen, was als Surrogat des Abgeänderten nunmehr eintreten soll. Fehlerhaft würde es dagegen sein, die frühere Entscheidung lediglich wieder aufzuheben und an deren Stelle nichts Neues zu substituiren; denn alsdann würde das jetzige Erkenntniß offenbar eine sententia omnino incerta sein, dergleichen die Gesetze für null und nichtig erklärt haben. Bei diesen festzusetzenden Surrogaten kommt dann nicht nur die Pflicht des judex ad quem in Anwendung, auf wirkliche Adhäsionen, oder wenn das Rechtsmittel zur Beantwortung nicht mitgetheilt wäre, auf eine von Amtswegen zu supplirende Adhäsion selbst zu Gunsten derjenigen Partei zu erkennen, welche in dieser Instanz angegriffen war, sondern es findet sogar eine reformatio in pejus statt, wenn offenbar unerhebliche Eide oder

---

18) L. 27, §. 3, D. de inoff. testam. (5, 2). L. 7, pr. D. de appell. recip. (49, 5). L. un. C. moment. possess. (7, 69). Reichsabschied von 1594, §. 93.

Beweise, oder sonstige Proceßschritte in dem angefochtenen Urtheile vorgeschrieben wären, ohne daß irgend eine Partei dagegen das Rechtsmittel ergriffen hätte. Denn in solchen Fällen muß der erkennende Richter nach den allgemein für die richterliche Thätigkeit geltenden Normen (§. 63, IV. fg., S. 386 fg.) die Proceßleitung bei Fällung des jetzigen Erkenntnisses nicht außer Acht lassen, deshalb aber alles Irrelevante nach der Vorschrift im §. 50 des Jüngsten Reichsabschieds vermeiden und, weil dies zur Rechtskraft nicht gelangen kann, ohne Rücksicht darauf, ob ein Rechtsmittel dagegen eingewendet wurde oder nicht, beseitigen.

VIII. Eine besondere Art von Conflict kann aber bei dem judex ad quem noch in denjenigen Territorien vorkommen, worin devolutive und nichtdevolutive Rechtsmittel dergestalt zugelassen werden, daß die Parteien zwischen ihnen die Wahl haben, was nach gemeinem Rechte nicht vorkam. Denn wenn in einem solchen Territorium gegen dasselbe Erkenntniß von der einen Partei appellirt, von der andern aber blos Leuterung dagegen ergriffen wird, so entsteht die Frage, welches Rechtsmittel den Vorzug verdiene. Zufolge der im gemeinen Rechte geltenden allgemeinen Grundsätze würde diese Frage dahin zu entscheiden sein: 1) das nichtdevolutive Rechtsmittel würde so lange ruhen müssen, bis das devolutive in der obern Instanz entschieden und die Rücksendung der Acten erfolgt ist, weil der nämliche Rechtsstreit nicht zugleich vor mehren Gerichten verhandelt werden kann und weil durch die Appellation, solange das devolutive Rechtsmittel seine Erledigung noch nicht gefunden hat, die Gerichtsbarkeit des Unterrichters einstweilen suspendirt ist. — Sollten jedoch 2) die Beschwerden beider Parteien unzertrennlich connex sein, so daß keine, ohne die andere zu berühren, entschieden werden kann, dann treten die für die Connexität geltenden Principien in Wirksamkeit. Es muß mithin die Appellation, wenn sie zulässig ist, eben wegen jener Suspension der Gerichtsbarkeit des Unterrichters auch das nichtdevolutive Rechtsmittel an sich ziehen. Wäre dagegen 3) die Appellation für unzulässig erachtet worden, der Oberrichter also incompetent gewesen, oder die Beschwerden wären nicht connex, dann hat der judex a quo die Leuterung allein zu beurtheilen, nicht aber auch die Appellation; denn diese würde nach gemeinem Rechte in keinem Falle vor ihn gehören.

§. 277.

b) Von deren Zuläſſigkeit.

I. Um dem Misbrauche der Rechtsmittel zu begegnen, ihn zu verhüten oder doch zu vermindern, dienen nicht nur die allgemeinen Mittel gegen Chicane, z. B. das Fordern des Calumnieneides von derjenigen Partei, welche das Rechtsmittel lediglich ergreift, um den Proceß hinauszuziehen, ſondern es ſind zu dem Ende auch durch das gemeine Recht eigenthümliche Einſchränkungen bei allen ordentlichen Rechtsmitteln vorgeſchrieben, deren Mangel das Rechtsmittel im einzelnen Falle unzuläſſig macht. Man hat nämlich die unzuläſſigen und die unbegründeten Rechtsmittel wohl von einander zu unterſcheiden. Jene nöthigen ohne alle Rückſicht auf Grund oder Ungrund der Beſchwerde, alſo ohne Rückſicht auf den Werth der Materialien, das Gericht ſchon aus andern Urſachen ein ſolches Rechtsmittel zurückzuweiſen, während umgekehrt bei dieſen nur erſt durch eine förmliche Prüfung der Materialien der Ungrund derſelben hervorgehen kann. Es gibt übrigens drei Haupteinſchränkungen, welche entweder überhaupt kein Rechtsmittel, oder doch das Rechtsmittel einer beſtimmten Art in Folge geſetzlicher Vorſchrift nicht geſtatten. Zu dieſen Einſchränkungen gehören 1) die Beſchaffenheit, Qualität des durch das Rechtsmittel angefochtenen richterlichen Beſchluſſes, oder 2) die geringe Quantität des drohenden Schadens, falls es bei dem frühern Erkenntniſſe verbleibt, oder endlich 3) die Vernachläſſigung der Formalien oder Fatalien, welche bei beſtimmten Rechtsmitteln zu beobachten waren.

II. Was die Qualität des angefochtenen Urtheils betrifft, ſo ſind natürlich alle Rechtsmittel unzuläſſig, ſobald das Erkenntniß, gegen welches ſie eingewendet wurden, die Rechtskraft bereits beſchritten hat, und es gibt dann dagegen nur außerordentliche Rechtsmittel (§. 296). Darum iſt es beſonders wichtig, diejenigen Erkenntniſſe ſich zu merken, welche alsbald mit ihrer Publication die Rechtskraft erlangen. Es ſind dieſe bereits oben (§. 112, IV., S. 549 fg.) aufgezählt, und es gehören ferner hierher alle ſolche richterliche Verfügungen, welche

einen Schaden an den Rechten der Parteien nicht verursachen können. Im Römischen Rechte [1]) waren daher die Appellationen gegen reine Interlocute unzulässig. Da aber das Kanonische Recht [2]) diese zuläßt, so gehören jetzt in die eben gedachte Classe nur wenige richterliche Verfügungen, von denen man zu sagen pflegt, es sei dadurch noch nichts aberkannt, weder hinsichtlich der Proceßleitung, noch hinsichtlich des Endresultats. Aus diesem Grunde sind die sogenannten blinden Rechtsmittel unstatthaft [3]), d. h. diejenigen, welche ergriffen sind, ehe die Partei weiß, was das Gericht in Bezug auf den einzelnen Fall verfügen werde, und eben darum können alle Reservationen irgend eines Anspruchs, wenn sie auch in einem wirklichen Erkenntnisse erfolgen sollten, nie ein Rechtsmittel veranlassen [4]) nach dem Grundsatze: „Reservatio non dat jura sed quae sunt servat." — Häufig wird noch als ein dritter Fall in diese Classe gezählt, wenn das anzufechtende Erkenntniß mit der Clausel versehen ist: Omni appellatione sive remedio remoto, wie sich das zuweilen im Kanonischen Rechte findet. Allein da sich kein Justizhof dergleichen Beschränkungen an und für sich zulässiger Rechtsmittel erlauben darf, so könnte das nur vom Regenten geschehen sein, würde dann aber in Cabinetsjustiz ausarten und deshalb von Amtswegen nicht beachtet werden können.

III. Die fehlende Quantität des drohenden Schadens machte schon im Römischen Rechte [5]) manche Appellationen unstatthaft; die genaue Bestimmung der Höhe dieses Schadens ist

---

1) L. 36 C. de appell. (7, 62). v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 351. Bayer, a. a. O., S. 1013 fg.

2) Cap. 5, 12 X. de appell. (2, 28). Ueber die Beschränkungen durch die Reichsgesetze: Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 31, §. 10. Reichsabschied von 1594, §. 94. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 113. Vergl. Gönner, Handbuch, III, Abh. 56, §. 4 a. E.; 57, §. 2, 5; 61, §. 26; 68. Linde, Handbuch der Rechtsmittel, I, §. 32. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, IV, 1 fg., 217 fg. Bayer, a. a. O., S. 1015 fg.

3) Cap. 2, 18 X. de appell. (2, 28). Clem. 3 eod. (2, 12). Schmid, Handbuch, III, 428, Note 5.

4) L. 7 D. de appell. recip. (49, 5). L. 6 C. quor. appell. (7, 65).

5) L. 10, §. 1 D. de appell. (49, 1). Nov. 23, cap. 3; hingegen L. 20 C. de appell. (7. 65). v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 354.

jedoch historisch nicht bekannt. Im deutschen gemeinen Rechte [6]) dagegen unterschied man in Ansehung des Werthes der angeblich durch das angefochtene Urtheil zu befürchtenden Verletzung, der Appellationssumme [7]), die Fälle, wo das Object der Beschwerden bei wohlhabenden Parteien 400 Thaler Capital oder 16 Thaler Renten betrug, oder bei armen Parteien, d. h. solchen, welche 2000 Gulden im Vermögen nicht besitzen, die Hälfte dieser Summe erreichte; von solchen, wo es an jenen Summen fehlte, indem nur in den ersten Fällen Berufung an die höchsten Reichsgerichte statthaft, in den letztern dagegen nur eine Revision des Urtheils mit Actenversendung für zulässig gehalten wurde. Außerdem gab es noch mehre Privilegien de non appellando, über welche für jedes Territorium specielle Grundsätze aufgestellt waren. Dies Alles kann jedoch als allgemein geltendes Recht für das Verhältniß der Mittelgerichte zu den Gerichten in erster Instanz nicht betrachtet werden, da diese Bestimmungen ihre Begründung nur in den eigenthümlichen Verhältnissen des Reichskammergerichts finden; vielmehr müssen diese Einschränkungen in jedem einzelnen Territorium durch besondere Vorschriften vorgeschrieben sein, wenn sie überhaupt eintreten sollen. — Ist nun aber eine solche Einschränkung vorgeschrieben, ohne daß etwas darüber hinzugefügt wäre, in welcher Weise die Summe der Beschwerden zu berechnen sei, und in welchen Fällen es ausnahmsweise auf eine solche Summe nicht ankomme, so befolgt man in beiden Beziehungen noch jetzt die Analogie der kammergerichtlichen Vorschriften. Im Allgemeinen sind die oben (§. 26, II. — 1, S. 181) über Berechnung des Geldwerthes eines Streitgegenstandes aufgestellten Grundsätze auch hierbei zu befolgen, und ist nur noch besonders zu gedenken, daß, wenn Zweifel über das Vorhandensein der Appellationssumme entstehen, diese durch einen Schätzungseid des Appellanten [8]), wenn er es nicht vorzieht, auf

---

6) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 28, §. 4. Reichsabschied von 1570, §. 66, 67. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 14. Jüngster Reichsabschied, §. 112. Linde, a. a. O., I, §. 82.

7) Vergl. die im Comp., Note n, sowie die §. 276, Note 13, genannten Schriftsteller.

8) Reichskammergerichtsordnung von 1521, Tit. 24, §. 2. Reichs-

andere Weise deren Höhe zu beweisen, beseitigt werden können; und daß es auf eine Appellationssumme überhaupt nicht ankommt [9]) in allen Ehrenkränkungs- und Strafsachen [10]), vorausgesetzt, daß nicht auf eine Entschädigung in Geld geklagt ist, ferner in allen Verlöbniß- und Ehesachen, soweit es sich dabei nicht um eine Dos handelt, und endlich in allen denjenigen Sachen, bei welchen der Gegenstand der Beschwerde eine specielle Schätzung nicht zuläßt [11]), z. B. bei unablöslichen Zinsen und Gülten, Realrechten und Realservituten. Auch bei Nullitäten ist das Vorhandensein der Appellationssumme als nothwendig nicht wohl zu behaupten [12]).

IV. Die letzte Einschränkung aller Rechtsmittel, welche von den Formalien und Fatalien derselben hergenommen ist, variirt mehr und mehr nach Verschiedenheit der Rechtsmittel selbst. Nur zwei Fatalien sind bei allen Rechtsmitteln zu beobachten: a) das fatale interpositionis von zehn Tagen, wie dies schon im Römischen Rechte [13]) bestimmt ist und von Moment zu Moment läuft, auch keine Prorogation durch Uebereinkunft der Parteien gestattet [14]); und b) das Fatale, welches sich auf die gehörige Ausführung des Rechtsmittels bezieht, die sogenannte justificatio remedii. Nach gemeinem Rechte ist die Bestimmung dieses Fatale dem Richter überlassen, doch so, daß gleich die erste Bestimmung desselben als eine peremtorische zu betrachten ist. Durch Landesgesetze dagegen sind auch hier eigentliche fatalia

---

kammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 28, §. 4. Bayer, a. a. O., S. 1039. — Ueber die verschiedenen Ansichten in Bezug auf den Nachweis der Appellationssumme siehe Schmid, a. a. O., S. 390 fg.

9) Pfeiffer, Praktische Erörterungen, VI, 221 fg. Linde, Zeitschrift, XVIII, 144 fg. Schmid, a. a. O., S. 408.

10) Gensler, Archiv für civil. Praxis, I, 143 fg. Bayer, a. a. O., S. 1036.

11) Reichskammergerichtsordnung von 1521, Tit. 24, §. 1. Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 28, §. 4. Reichsabschied von 1570, §. 67. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 14. Jüngster Reichsabschied, §. 112.

12) Reichsabschied von 1570, §. 69.

13) Nov. 23, cap. 1. Cap. 15 X. de sent. et re jud. (2, 27). Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 29, §. 2. Bayer, a. a. O., S. 1044. Schmid, a. a. O., S. 428 fg.

14) Vergl. hierüber noch Linde, Archiv für civil. Praxis, XIX, 6 fg.

juris vorgeschrieben, welche dann auf ähnliche Art, wie das erstgedachte Fatale, zu berechnen sind, meistens aber Prorogation zulassen.

§. 278—282.

c) In Ansehung des Verfahrens.

I. Ueber die bei Einwendung eines Rechtsmittels zu beobachtenden Formalien und Fatalien ist in dem Bisherigen das Erforderliche bereits vorgetragen worden, so daß zu der Darstellung des Compendiums sich Zusätze nicht nöthig machen; ebenso enthält über das Decret auf das eingewendete Rechtsmittel das Compendium alles Wesentliche; dagegen ist über die Rechtfertigung des eingewendeten Rechtsmittels Einiges zu bemerken.

II. (§. 280.) Die Rechtfertigungsschrift eines Rechtsmittels vertritt bei diesem Incidentstreite die Stelle der Klagschrift. Sie sollte daher auch 1) einen historischen Theil enthalten, und enthält diesen wirklich bei Appellationen und andern devolutiven Rechtsmitteln, weil bei diesen dem judex ad quem, bei welchem die Justificationsschrift einzureichen ist, der bisherige Rechtsstreit nicht bekannt war und mithin durch eine Proceßgeschichte zum wenigsten, meistens aber auch durch eine species facti derjenige status controversiae deutlich gemacht werden muß, in welchem sich die Sache gegenwärtig befindet. Dieser historische Theil wird denn auch in den Rechtfertigungsschriften bei allen den Gerichten nie fehlen dürfen, wo der judex a quo nicht sogleich auf die erhobene Appellation die Acten einsendet, sondern erwartet, ob das Obergericht dieselben einfordert. Allein auch bei andern Gerichten, welche nach der Landesverfassung gleich auf die Appellation die Acten einzusenden haben, ist es unzweckmäßig, diesen historischen Theil wegzulassen. Bei den nichtdevolutiven Rechtsmitteln dagegen kann derselbe aus dem Grunde leichter fehlen, weil über diese Rechtsmittel nur der bisherige Richter, dem die Lage der Sache ohnehin bekannt sein muß, zu erkennen hat. Auf jeden Fall darf in der Justificationsschrift die Proceßgeschichte nicht fehlen, weil daraus die Zulässigkeit des Rechtsmittels sowol in Hinsicht auf die zu beobachtenden Fatalien, als rücksichtlich der Summe des Rechtsmittels zu beurtheilen ist.

III. In Bezug auf die Summe des Rechtsmittels wird daher als zweites wesentliches Erforderniß der Rechtfertigungsschrift anzusehen sein, daß die Beschwerden gleich anfangs aufgezeichnet [1] werden und daraus gezeigt wird, daß die erforderliche Summe allenfalls durch Zusammenrechnung der einzelnen vorhanden sei. Wichtig ist es für einen Jeden, der sich eines Rechtsmittels bedient, alle Beschwerden, welche ihm durch das nämliche Erkenntniß zugefügt sein können, auf einmal zu finden, weil alle nicht angefochtenen Theile dieses Erkenntnisses rechtskräftig [2]) werden und eine spätere Verbesserung in der Aufzählung der Beschwerden nicht stattfindet. Man sollte sich daher stets, um die möglichen Beschwerden aufzufinden, fragen, wie hätte nach der Meinung dieser Partei das Urtheil ausfallen müssen, und was ist durch dessen andere Fassung aberkannt, gleichviel ob mit ausdrücklichen Worten oder durch bloßes Stillschweigen? Dabei können denn auch eventuelle Beschwerden in Frage kommen, d. h. solche, welche nur unter gewissen Voraussetzungen möglich werden, von denen man jedoch hofft, sie würden nicht eintreten, z. B. der Beweis ist für mislungen erklärt, der Beweisführer dagegen hält ihn für gelungen, im schlimmsten Falle macht er wenigstens Anspruch auf einen Erfüllungs- oder Reinigungseid; solchen Falles muß das Letztere sogleich als eventuelle Beschwerde genannt werden. — Gegen die Entscheidungsgründe des angefochtenen Erkenntnisses sind dagegen Beschwerden nie zu richten [3]), wenn sie auch im Urtheil selbst vorkommen, vielmehr nur gegen die Decisivworte des Erkenntnisses. — Endlich ist die Zahl der Beschwerden weiter nicht zu vermehren, als nöthig ist, um jeder Beschwerde ein eigenthümliches Petitum zu geben, wie

---

1) Jüngster Reichsabschied, §. 64. Nothwendig ist die Aufzählung bei außergerichtlichen Rechtsmitteln. Cap. 59 X. de appell. (2, 28). Cap. 1 de appell. in VI^to (2, 15). Reichskammergerichtsordnung von 1555, Thl. 2, Tit. 29, §. 4.

2) Anderer Meinung: Linde, Handbuch der Rechtsm., II, §. 180. Schmid, Handbuch, III, 443, §. 231.

3) J. H. Boehmer, Jus eccl. Prot., II, 27, §. 14, 37, 28. Brinkmann, Ueber richterliche Entscheidungsgründe, S. 82 fg. — Auch v. Savigny, System, VI, §. 291—294, welcher jedoch theilweise anderer Meinung ist. Siehe §. 113, Note 11, S. 555.

dies auch bei der Cumulation mehrer Klagen gilt. Sind aber alle aufgestellten Beschwerden völlig von einander unabhängig, dann hat man sie dergestalt zu ordnen, daß die präjudiciellen und präparatorischen vorangehen; sollten dergleichen aber gar nicht vorhanden sein, dergestalt, daß man der Reihenfolge, welche in dem angefochtenen Erkenntnisse beobachtet worden ist, nachgeht.

IV. Auf diese Aufzählung der Beschwerden folgt 3) die weitere Ausführung jeder einzelnen derselben (deductio materialium). Man kann diese allerdings durch eine Submission auf die frühern Verhandlungen vornehmen [4]), wenn man glaubt, daß darin die Untauglichkeit der angefochtenen Sentenz entwickelt sei, indessen ist dies selten rathsam, da die präsumtive Legalität des vorigen Richters auch hier nur zu häufig ihre Wirkungen äußert. Mit Recht wird daher in der Regel eine neue Ausführung, weshalb das vorige Erkenntniß nicht bestehen kann, gegeben, und diese zerfällt dann in zwei Hauptabschnitte, in die eigentliche Anfechtung und Widerlegung dieses Urtheils, und in die Ausführung, wie der Inhalt des neu zu fällenden Erkenntnisses hätte lauten müssen, um gerecht zu sein. Denn fehlt diese, so läuft man leicht Gefahr, daß das Surrogat nicht besser wird, als das aufgehobene Erkenntniß. Am Schlusse dieser doppelten Ausführung wird daher auch jeder einzelnen Beschwerde ein eigenthümliches Petitum gegeben, gerichtet theils auf die Aufhebung des vorigen, theils auf die Abfassung des neuen Erkenntnisses. Sind auf diese Weise alle einzelnen Beschwerden erörtert, dann folgt ein letzter gemeinschaftlicher Abschnitt des Libells, worin wenigstens über den Kostenpunkt der jetzigen Instanz etwas gesagt wird, um einer Compensation derselben vorzubeugen. Hieran schließen sich dann noch solche Anträge, welche auf die Proceßleitung hinsichtlich des Rechtsmittels abzielen, namentlich wenn um eine Actenversendung nachgesucht werden soll.

V. Um nun bei den einzelnen Beschwerden das Erforderliche vorzubringen, sollte man nie sich darauf beschränken, die Entscheidungsgründe der vorigen Instanz zu widerlegen, da dies späterhin bei Gelegenheit vorkommen muß, sondern man sollte

---

4) Jüngster Reichsabschied, §. 65, 75.

bei jeder einzelnen Beschwerde den status controversiae festsetzen, welcher in dieser Beziehung sich aus den Voracten ergibt, zu welchem Zwecke auch ein Actenextract in Bezug auf die einzelne Beschwerde nöthig sein kann; dann sollte die Theorie in Ansehung der vorliegenden Streitfrage entwickelt und endlich die Anwendung derselben auf den einzelnen Fall dargestellt werden, wobei es zugleich an Gelegenheit nicht fehlen wird, alle Bedenklichkeiten und Zweifel, welche in Bezug hierauf entstehen könnten, zu beseitigen. Nur dann könnte diese Behandlungsart nicht genügen, wenn durch ein bereits früher in derselben Sache ergangenes rechtskräftiges Erkenntniß der weitere Gang der Sache geleitet worden ist, sollte er auch theoretisch nicht richtig sein, z. B. wenn durch ein Beweisinterlocut der Beweissatz auf eine den Gesetzen nicht entsprechende Weise normirt, damals aber dagegen nicht appellirt worden ist. Denn in einem solchen Falle kann das spätere Rechtsmittel nur die Frage betreffen, ob jenem rechtskräftigen Interlocute gehörig Folge geleistet worden sei, und nur dies ist in solchen Fällen bei Ausführung der Beschwerden zu untersuchen. — Sollte aber endlich bei irgend einer Beschwerde deren Rechtfertigung durch neue Thatsachen geschehen dürfen oder müssen [5]), d. h. sollten solche factische oder rechtliche Gründe, welche in den frühern Acten nicht benutzt worden sind und doch auch nicht als präcludirt betrachtet werden können, dazu gebraucht werden, das angefochtene Urtheil als ungerecht darzustellen, so mische man dergleichen Nova niemals unter die in den Acten bereits vorgetragenen, sondern mache es ausdrücklich bemerklich, daß man sich hier eines neuen Thatbestandes bedient, und entwickele, daß dieses in der gegenwärtigen Lage des Processes noch zulässig sei, offerire auch die Partei, welche das Rechtsmittel ergreift, zum Gefährdeeide, da dieser beinahe überall bei dergleichen Thatsachen verlangt wird, um einer absichtlichen Verzögerung des Rechtsstreits vorzubeugen. Hierauf folge dann nicht nur die Entwickelung des Einflusses solcher neuen Thatsachen auf die bisherige Verhandlung, sondern es werde auch, wenn die Thatsachen factische sind, sofort die Antretung des Be-

5) Bayer, Vorträge über Civilproceß, 8. Aufl., S. 1079 fg. Unten §. 292.

weises damit verbunden, um im Leugnungsfalle diesen Thatsachen um so mehr Gewicht zu verschaffen.

VI. (§. 281.) Die regelmäßige Proceßleitung auf ein zeitig ergriffenes und gehörig deducirtes Rechtsmittel besteht in der Einleitung eines Wechselverfahrens der Parteien, sowie es auf eine Klage ebenfalls erfolgen muß. In Sachsen wird daher eine Tagefahrt zur Verhandlung von dem Munde in die Feder (terminus prosecutionis remedii) festgesetzt. Insofern aber diese Analogie des ersten Verfahrens befolgt wird, hat nicht nur der Gegner ganz wie bei jenem eine Exceptionsschrift einzureichen, sondern es folgen nicht selten auch Replik und Duplik, bis endlich die Verhandlung, wie gewöhnlich, geschlossen und durch ein Urtheil über die Erheblichkeit der Beschwerden das Erforderliche erkannt wird. Ausnahmsweise kann dagegen auch, wie auf jede Klage, sogleich auf die Rechtfertigung des Rechtsmittels entweder ein Abschlagsdecret oder ein Ausspruch des Gerichts erfolgen, durch welchen, ohne den Appellaten vorher gehört zu haben, den Beschwerden des Appellanten abgeholfen [6]) wird, sobald nur das Gericht einestheils über die Zulässigkeit und Relevanz des Rechtsmittels zu urtheilen befugt, anderntheils aus dem einseitigen Vortrage der appellirenden Partei genugsam überzeugt ist, daß das Rechtsmittel entweder ohne Grund ergriffen worden sei, oder die erhobenen Beschwerden vollständig gerechtfertigt seien. Eine solche reformatorische Sentenz, der das Gehör des Gegners nicht vorausgegangen ist, kommt weniger bei den Rechtsmitteln, welche vor demselben Richter verhandelt werden, vor, als in der Appellationsinstanz, wo besonders die höchsten Reichsgerichte dergleichen unter dem Namen der Ordinationen zu erlassen pflegten. Die Appellationsgerichte der einzelnen Territorien haben dies vielfach nachgeahmt und nur den Namen solcher Verfügungen verändert, indem dieselben, weil derartige Verfügungen in einem Rescript an das Untergericht ergehen, welchem hierin vorgeschrieben wird, wie es mit Beiseitesetzung des frühern Erkenntnisses

---

6) Cap. 38 X. de appell. (2, 28). Gönner, Handbuch III, Abh. 60, §. 20, 21. Linde, a. a. O., II, §. 167 fg. Schmid, Handbuch, §. 234, II, 470 fg. Bayer, a. a. O., S. 1056. — Beispiele beider Arten siehe bei Bergmann, Einleitung in die Praxis (2. Aufl.), S. 435.

zu verfahren habe, rescripta de emendando genannt wurden. Man setzt dabei nur voraus, daß sich das Obergericht aus dem Vortrage des Appellanten mit Sicherheit überzeugt habe, daß eine Vertheidigung des noch nicht gehörten Appellaten, um die zu erlassende Abänderung zu verhindern, oder auch nur zu modificiren, nicht möglich sei.

VII. Wenn man nun aber solche Ordinationen nach Analogie der unbedingten Mandate betrachtet, und jene rejectorischen Decrete den Zurückweisungen einer Klage vergleicht, so entsteht natürlich die Frage, ob Derjenige, welcher sich dadurch beschwert glaubt, berechtigt sei, dies durch bloße Gegenvorstellungen auszuführen, oder ob er sich eines neuen Rechtsmittels dagegen bedienen müsse, indem, wenn dies unterbliebe, das einseitige Erkenntniß rechtskräftig werden würde. Nach allgemeinen Grundsätzen läßt sich von einer Rechtskraft auch dieser Decrete gar nicht[7]) reden, weil bei diesen Ordinationen die wesentliche Voraussetzung aller zur Rechtskraft gelangenden Verfügungen, das Wechselgehör der Parteien, fehlt. Hieraus erklärt es sich dann auch, warum man beim Reichskammergerichte in beiden Fällen einseitiger Entscheidungen über ein Rechtsmittel deren Anfechtung durch bloße Gegenvorstellung gestattete. In der Praxis ist man entschieden entgegengesetzter Ansicht und läßt keine andere Anfechtung solcher Relevanzdecrete zu, als vermittelst eines neuen Rechtsmittels, was dann auch in einigen Landesgesetzen Bestätigung gefunden hat, z. B. in der Jenaischen Oberappellationsgerichtsordnung, §. 29. — Gönner[8]) hat zwar auch nach gemeinem Rechte die Fähigkeit solcher rejectorischer Decrete und Ordinationen, rechtskräftig zu werden, aus dem Satze deduciren wollen, daß, nachdem das Rechtsmittel weggeräumt worden sei, nunmehr die Rechtskraft der sententia a qua von selbst eintrete; allein dieser Grund paßt theils nicht auf die Ordinationen, theils enthält er insofern eine petitio principii, als angenommen wird, daß jenes

---

7) Anderer Meinung: Schmid, a. a. O., S. 476. Linde, a. a. O., II, §. 173., S. 143, 147.

8) Gönner, a. a. O., III, Abh. 57, §. 2—6. Dagegen Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, IV, 13. v. Bülow und Hagemann, Praktische Erörterungen, I, Erört. 45, §. 4.

Rechtsmittel unabänderlich weggeräumt, mithin ein auf solche Weise bestätigtes Erkenntniß nunmehr unabänderlich geworden sei, ohne dagegen noch neue Vorstellungen zu gestatten. — Bei der Möglichkeit solcher einseitigen Verfügungen erklärt sich daher auch die Statthaftigkeit sogenannter präoccupatorischer Vorstellungen, welche von der Partei, gegen die das Rechtsmittel ergriffen ist, aus eigenem Antriebe in der Absicht eingereicht werden, einer einseitigen reformatorischen Sentenz vorzubeugen. In dem sächsischen Appellationsverfahren kommen diese namentlich vor.

VIII. (§. 282.) Alle ordentlichen Rechtsmittel werden endlich beseitigt[9]) 1) durch einen Verzicht[10]) von Seiten Desjenigen, der des Rechtsmittels sich bedient hat, mag dies ausdrücklich oder stillschweigend[11]) geschehen, indem im letztern Falle die Erfüllung dessen, wozu diese Partei verurtheilt wurde, entweder erfolgt oder doch Frist zur Erfüllung erbeten wird. Nur verwechsele man dies nicht mit der Erfüllung, welche in Fällen, wo das eingewendete Rechtsmittel keinen Suspensiveffect hat, Pflicht der Partei ist, welche das Rechtsmittel zur Hand nahm. Bei Appellationen liegt insbesondere ein solcher Verzicht darin, wenn der Appellant bei der Fortverhandlung der Sache vor dem Unterrichter sich betheiligt, verbindliche Erklärungen abgibt; denn das läßt vermuthen, daß er auf Fortsetzung der Appellation verzichtet habe. Nach Römischem Rechte[12]) ist unzweifelhaft, daß gültiger Weise selbst vor zugefügter Beschwerde, ja wol gar vor Beginn des Rechtsstreits, auf das Recht der Berufung Verzicht geleistet werden kann. Nach Kanonischem Rechte[13]) aber galt es einem Verzichte auf das Rechtsmittel gleich, wenn der Appellant

---

9) Gönner, a. a. O., III, Abh. 57, §. 30—46. Schmid, Handbuch, §. 249 u. 250, III, 562 fg.

10) Gönner, a. a. O., §. 32—37. Linde im Archiv für civil. Praxis, XIV, 1 fg., 177 fg.; XIX, 480 fg. Derselbe, Handbuch der Rechtsm., I, §. 118 fg. Schmid, a. a. O., S. 563 fg.

11) Heise u. Cropp, Juristische Abhandlungen, II, 331 fg. Schmid, a. a. O., S. 5657.

12) L. 1, §. 3 D. a quib. appell. (49, 2). Si quis ante sententiam professus fuerit, se a judice non provocaturum, indubitate provocandi auxilium perdidit. L. 5, §. 6, C. de tempor. et reparat. (7, 63). Vergl. Cap. 71 X. de appell. (2, 28).

13) Cap. 6 de appell. in VI[to] (2, 15).

es verabsäumte, sich innerhalb dreißig Tagen von dem gravirenden Richter Apostel zu erwirken; bloße selbst wiederholte Anträge darauf konnten allein diese Annahme nicht beseitigen. — Nicht weniger wird das Rechtsmittel 2) durch Versäumniß der Nothfristen [14]) beseitigt, und zwar ist dies als eine Folge des Ungehorsams, nicht aber als ein Verzicht zu betrachten, weil sonst eine Protestation gegen diesen Verlust schützen müßte. Die Versäumniß des einen Rechtsmittels hebt aber andere nicht versäumte, z. B. die versäumte Appellation die Nullitätsquerel, nicht auf. Im Römischen Rechte [15]) ist für den Fall, daß das Rechtsmittel nach dessen Rechtfertigung zwei Jahre liegen bleibt, ohne daß etwas zu dessen Fortsetzung geschieht, eine besondere Verjährung der Rechtshängigkeit angeordnet, indem dann die dem obsiegenden Theile günstige Sentenz als bestätigt angesehen werden soll. — Auch dadurch wird 3) das Rechtsmittel beseitigt, daß entweder der Richter der zugefügten Beschwerde freiwillig abhilft, oder der Gegner auf die ihm daraus zustehenden Rechte verzichtet. Der gravirende Richter kann dies jedoch bei Urtheilen [16]) nur in Ansehung der Nebenpunkte der Verurtheilung am Tage der Publication, hinsichtlich offenbarer Rechnungsfehler, bei reinen Interlocuten [17]) und wo es sich um Beseitigung einer unzweifelhaften Dunkelheit [18]) des Erkenntnisses handelt. — Endlich fällt das Rechtsmittel 4) durch den unbeerbten Tod [19]) Dessen, der sich desselben bediente, hinweg, nicht weniger, ungeachtet Erben vorhanden sind, wenn das Rechtsmittel wegen höchstpersönlicher Leistungen ergriffen wird, z. B. weil auf Vollzug der Ehe oder Leistung der Abbitte erkannt war; in solchen Fällen hat der Tod des Gegners gleiche Wirkung.

---

14) L. 2 C. de his qui per met. (7, 67). Cap. 6 de appell. in VI^{to}. Reichsabschied von 1566, §. 115.

15) Nov. 49, cap. 1. Cap. 6 de appell. in VI^{to}.

16) L. 1 C. sent. rescind. non posse (7, 50); siehe jedoch L. 42 D. de re judic. (42, 1). Gönner, a. a. O., S. 295 fg.

17) Cap. 60 X. de. appell. (2, 28). Cap. 10 de appell. in VI^{to} (2, 15).

18) Gönner, a. a. O., S. 134, 204, 329. Linde, a. a. O., I, 37—49. Schmid, a. a. O., S. 367 fg. Bayer, a. a. O., S. 416 fg.

19) L. un. D. si pend. appell. mors interven. (49, 13), Tit. tot. C. eod. tit. (7, 66).

§. 283—292.

B. Einzeln.

a) Von der Appellation.

I. Die Appellation [1]), das ordentliche Rechtsmittel, durch welches der einem Unterrichter nach der Hierarchie der Justizverfassung vorgesetzte Oberrichter aufgefordert wird, die von jenem angeblich zugefügten Beschwerden zu prüfen und zu entscheiden, war nach Römischem Rechte [2]), wie wir sahen (§. 275, II.), nur gegen solche richterliche Verfügungen zulässig, welche Rechtskraft zu erlangen im Stande sind. Blos proceßleitende Decrete erlangen diese nie, deshalb genügen dagegen schon Vorstellungen ohne die Form der Rechtsmittel; im Kanonischen Rechte ist dies zwar nicht aufgehoben, jedoch sind darin, wie in den Reichsgesetzen [3]), Rechtsmittel unter den Einschränkungen für zulässig erklärt, daß sie innerhalb der Nothfrist von zehn Tagen eingewendet werden, eine schriftliche Aufzählung der Beschwerden enthalten, zu deren Rechtfertigung Nova jedoch nicht zu gebrauchen sind, und ihnen der Suspensiveffect abgeht. Man bezeichnet daher auch jede Appellation, welche gegen ein Erkenntniß oder eine richterliche Verfügung, welche der Rechtskraft nicht fähig sind, gerichtet ist, als außergerichtliche (extrajudicialis), im Gegensatz der gegen Erkenntnisse, welche der Rechtskraft fähig sind, und nennt letztere eine gerichtliche. Die Extrajudicialappellation [4]) ist aber, wenn sie in einem Rechtsstreite eingewendet wird, nach

---

1) Außer den im Compendium, Note a genannten Schriftstellern: Gönner, Handbuch, III, Abh. 60. Linde, Handbuch der Rechtsmittel, I, §. 30—144; II, §. 145—221. Bayer, Vorträge über Civilproceß, §. 307 fg., S. 1011 fg. Schmid, Handbuch, III, 366 fg., §. 226 fg.

2) Vgl. v. Savigny, System, VI, Beilage XV. Keller, Röm. Civilproceß, II, 349 fg.

3) Cap 5 i. f. X. de appell. (2, 28). Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 29, §. 3, 4. Reichsabschied von 1594, §. 94, 95. Gönner, a. a. O., S. 130, 349, 542.

4) G. L. Böhmer, §. 335, 480, 843. Gönner, III, Abh. 57, §. 3—5; Abh. 67, 68. Bayer, a. a. O., S. 1015, 1068 fg.

Form und Effect, die eigentliche; wogegen sie als uneigentliche bezeichnet wird, wenn sie in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit und gegen andere gerichtliche Handlungen eingewendet wird, welche außerhalb eigentlicher Rechtsstreitigkeiten liegen.

II. In Ansehung des Subjects ist bei Appellationen nur die Eigenthümlichkeit zu erwähnen, daß die Appellationen den Rechtsstreit stets vor eine höhere Instanz bringen und zwar regelmäßig vor die nächsthöhere [5]), sobald nicht eine Recusation des nächsthöhern Richters mit Recht vorgenommen wird, da im Uebrigen ein Uebergehen des nächsthöhern Gerichts nicht [6]) gestattet ist. Wäre aber das Ueberspringen dieses Richters blos die Folge eines Irrthums, dann würde dieser nur alsdann schaden, wenn man sich an einen niedern wendete, nicht aber wenn man sich zu hoch verstieg [7]). In Fällen, wo mehre Instanzen nach einander durch Appellationen zur Urtheilsfällung veranlaßt werden, kann auch dieselbe Beschwerde wiederholt werden.

III. In allen bürgerlichen [8]) Rechtsstreitigkeiten kann, sobald die Appellationssumme vorhanden oder diese nicht erforderlich und in der Sache überhaupt ein Rechtsmittel an das betreffende Obergericht zulässig [9]) ist, was z. B. rücksichtlich der geistlichen Sachen der Katholiken bei dem Kammergerichte nicht

---

5) Nov. 23, cap. 4. Can. 9, 28, §. 2, caus. 2, qu. 6. Cap. 66 X. de appell. (2, 28). Notariatsordnung von 1512, V, §. 1. Bayer, a. a. O., S. 1041.

6) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 29, §. 1.

7) L. 1, §. 3, D. de appell. (49, 1). Ist zwar an den höhern, aber nicht competenten Richter appellirt, so halten den Irrthum für nicht schädlich: Heffter, System, S. 534, Note 42. Linde, Handbuch, I, 16; II, §. 150. Schmid, a. a. O., S. 427, nach L. 1, §. 3, D. cit., womit aber L. 5, §. 3, D. de appell. recip. (49, 5) im Widerspruch zu stehen scheint.

8) Ueber die Ausdehnung auf Polizeisachen, Jüngster Reichsabschied, §. 106. Pfeiffer, Praktische Ausführungen, III, 398. Gönner, a. a. O., II, Abh. 26, §. 42; III, Abh. 61, §. 3.

9) Ueber die Fälle, wo nach Römischem Rechte die Appellation ausgeschlossen war, L. 6 C. quor. appell. non recip. (7, 65). L. 4—8 C. eod. L. 7, pr. D. de appell. recip. (49, 5). v. Linde, a. a. O., II, §. 59 fg. Heffter, System, S. 533, 543. Bayer, a. a. O., S. 1033.

der Fall war, auch sonst kein Behinderungsgrund (§. 282) vorliegt, von der Appellation Gebrauch gemacht werden. Als eine Eigenthümlichkeit des dabei stattfindenden Verfahrens, welches mit der Einwendung [10]) dieses Rechtsmittels beginnt, ist namentlich das Gesuch um ein Zeugniß über die zeitig geschehene Einwendung des Rechtsmittels, die Apostel, zu betrachten. Innerhalb dreißig Tagen von der Eröffnung des Urtheils oder Decrets muß um die Apostel bei dem Unterrichter nachgesucht und innerhalb Monatsfrist nach Einwendung des Rechtsmittels um Absendung der Acten an den Oberrichter gebeten [11]) werden. Diese Apostel werden, wenn die Appellationseinwendung außergerichtlich vor einem Notar erfolgte, von diesem ertheilt und sind dann Testimonialapostel, in welchen nie über die Appellation geurtheilt werden kann. Erfolgte die Appellationseinwendung gerichtlich vor dem judex a quo, so können die Apostel, welche in Form eines Decrets erfolgen, zugleich eine Erklärung über die Apellation enthalten und sind nach Verschiedenheit des Inhalts der Erklärung entweder indifferente, reverentiale, oder zurückweisende, refutatorische, oder wol gar unterstützende, dimissoriales. Die Befugniß eines Richters, in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreite etwas zu verfügen, wird durch Einwendung der Appellation sogleich suspendirt; der judex a quo darf daher die Zulassung der Appellation nicht abschlagen, weil sonst die Parteien seiner Willkür, statt dagegen durch die Appellation gesichert zu sein, preisgegeben wären. Das Römische Recht [12]) schreibt daher vor, daß der Unterrichter die Gründe, weshalb er die einzelne Appellation für unzulässig erachte, in den Aposteln anführen dürfe und dennoch bis zur Entscheidung des Obergerichts die Appellation liegen [13]) lasse. Solche zurückweisende

10) Linde, Handbuch, II, §. 155. Derselbe im Archiv für civil. Praxis, XIX, 27. Schmid, a. a. O., §. 231, III, 428 fg. Bayer, a. a. O., S. 1044.

11) L. un., pr. §. 1, D. de libell. dimiss. (49, 6). L. 6 i. f. L. 24 C. de appell. (7, 62), cap. 6 de appell. in VI[to] (2, 15). Clem. 2 de appell. (2, 12). Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 30, §. 1—5. Jüngster Reichsabschied, §. 61, 63.

12) Tit. tot. D. de appell. recip. vel non (49, 5) Tit. tot. C. quor. appell. non recip. (7, 65).

13) L. 6 D. t. c. (49, 5). L. 1, pr. §. 1, D. nihil innov. appell. (49, 7). L. 6, §. 9, D. de injust. rupt. test. (28, 3).

Apostel sind jedoch kein Urtheil, sondern nur ein Rath, weshalb denn auch die Appellationseinwendung nicht zu wiederholen [14]) ist. Mehr Kraft gebührt jedoch den in gewisser Beziehung refutatorischen Aposteln; denn in der Praxis ist es anerkannt, daß, sowie nach Kanonischem Rechte bei Extrajudicialappellationen der Suspensiveffect cessirt, auch der Richter bei den judiciellen Apellationen das Recht hat, diese Kraft bisweilen zu versagen, z. B. bei dem possessorium summariissimum. Gönner rechtfertigt dies aus der Natur einer Provisionalverfügung; v. Almendingen bestreitet diese Befugniß und will, daß der Appellat dergleichen Provisorien beim Obergerichte zur Vermeidung der Inconsequenz jener Trennung suchen solle; allein es erscheint seine Auslegung mit dem gemeinen Rechte [15]) nicht wohl vereinbar. — Bei Abfassung der Apostel ist noch zu beachten, daß sie, außer der Benachrichtigung der geschehenen Einwendung des Rechtsmittels, ein Zeugniß über Beobachtung oder Versäumniß der Fatalien und nach gemeinem Rechte die Bestimmung [16]) der Frist zur Einführung der Appellation, welche letztere im Römischen Rechte [17]) zu verschiedenen Zeiten verschieden normirt, im Kanonischen Rechte [18]) dem Ermessen des Richters auch bei Judicialappellationen anheimgestellt ist, enthalten müssen.

IV. Das Appellationsverfahren erhält dadurch, daß bei demselben zwei Gerichte gleichzeitig sich mit derselben Rechtsstreitigkeit gewissermaßen beschäftigen, während doch sonst nur eins damit zu thun hat, und durch die daraus entstehenden Conflicte zwischen dem Ober- und Untergerichte einige besondere Eigenthümlichkeiten. Bei Feststellung der Grenzen zwischen den Befugnissen beider Gerichte gilt als Hauptprincip folgendes: Von dem Augenblicke an, wo die Appellation eingewendet ist, wird die

---

14) L. 3 C. de appell. (7, 62).

15) Reichsabschied von 1594, §. 93, 94.

16) Cap. 5, 33, 44 X. de appell. (2, 28). Cap. 1 de appell. in VI[to] (2, 15). Clem. 4 de appell. (2, 12). Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 30, §. 1—4. Anderer Meinung: v. Almendingen, Metaphysik des Civilprocesses, I, 63, 67.

17) L. 2, 5 C. de tempor. (7, 63). Nov. 49, pr., cap. 1. Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 171. Bayer, a. a. O., S. 1051.

18) Cap. 4, 5, 33, 44, 57 X. de appell. (2, 28).

Gerichtsbarkeit des Unterrichters in Bezug auf diesen Rechtsstreit in der Weise suspendirt, daß derselbe in Ansehung des Gegenstandes der Appellation nichts, wol aber hinsichtlich der nicht angefochtenen Punkte seiner Sentenz etwas mit Erfolg beschließen oder vollziehen kann, mit Ausnahme provisorischer Verfügungen, weil der Zweck dieser nur dann erreicht wird, wenn schleunige Einwirkung erfolgt. Dergleichen sind aber nur so lange zulässig, als der Oberrichter noch nichts in dieser Sache verfügt hat, denn später gehört Alles nur vor diesen. Außerdem muß aber der Unterrichter dem Oberrichter behülflich sein, sich über die frühern Verhandlungen zu informiren und den Appellationsproceß zu leiten, z. B. durch Behändigung der Verfügung jenes. Hieraus folgt in Ansehung des Appellanten, daß dieser bei dem Unterrichter die Appellation nur vorbereitet, und diesem, namentlich wenn die Einwendung des Rechtsmittels außergerichtlich geschehen war, dies notificirt, damit er mit weitern Verfügungen in der Sache Anstand nehme. Jedoch ist im gemeinen Rechte eine solche Notification wenigstens nicht bei Verlust des Rechtsmittels vorgeschrieben. Eine weitere Folge dieses Grundsatzes ist, daß nach einmal geschehener Versäumniß eines Fatale, es zwar gut ist die andern zu beobachten, daß aber das Restitutionsgesuch sogleich an das Obergericht gehört, während es dem Unterrichter unbenommen bleibt, im Verfahren fortzuschreiten, bis über jenes entschieden, und ihm, daß es geschehen, notificirt ist. Der Eigenthümlichkeit der Appellation widerstreitet es übrigens nicht, daß die Schriften im Appellationsverfahren dem Unterrichter zur Einsendung überreicht werden, nur steht ihm keine causae cognitio darüber zu.

V. (§. 288.) Durch die Einführung[19]) der Appellation muß der Appellant innerhalb der bestimmten Frist dem Oberrichter von der eingewendeten Appellation gehörige Nachricht geben und ihn um Annahme derselben bitten. Ein solcher vollständiger Appellationslibell enthält zwei Hauptabschnitte, den historischen und den dogmatischen Theil. Der historische Theil ist deshalb nothwendig, damit der neue (der Ober-) Richter

---

19) Linde, Handbuch, II, §. 161. Schmid, a. a. O., III, 447 fg. Bayer, a. a. O., S. 1051 fg. Ein Beispiel bei Bergmann, Einl. in die Praxis (2. Aufl.), S. 403 fg.

auch ohne Actenkenntniß die Sache insofern genügend kennen lerne, ob nach des Appellanten eigenem Vortrage die Appellation nicht ungegründet sei. In diesem Theile ist daher dreierlei auszuführen, eine Geschichtserzählung, wie deren Begriff bereits (§. 100, II.—1, S. 507) entwickelt worden ist, wobei es jedoch dem Appellanten unbenommen bleibt, noch ungewisse Thatsachen unter Angabe dessen, was davon bewiesen ist oder nicht, vorzutragen; 2) eine Proceßgeschichte, soweit solche auf die Entscheidung der Appellation Einfluß hat, was immer insoweit der Fall ist, als es sich um die gehörige Beobachtung der Fatalien handelt; endlich 3) ein eigentlicher Actenextract, soweit derselbe zur Beurtheilung der Beschwerden erforderlich scheint. — Allgemeine Regeln in Bezug auf die Anordnung dieses Theils sind folgende: nothwendig ist die Bescheinigung des Decrets, gegen welches appellirt wird und die der Apostel. Bei einfachen Beschwerden stelle man die species facti voran, lasse dieser einen Actenextract unter Beifügung der Proceßgeschichte nach chronologischer Ordnung folgen und endige mit einem Auszuge aus der beschwerenden Sentenz durch Aufzählung der einzelnen Beschwerdepunkte mit Erwähnung der Proceßgeschichte, welche die Beobachtung der Fatalien nachweiset. Bei verwickelten heterogenen Beschwerden stelle man keinen Actenextract voran, sondern folge der Separationsmethode bei Relationen. — Unmittelbar auf die geschichtlichen Bemerkungen hinsichtlich der beobachteten Fatalien folgt dann der zweite Theil, die Rechtsdeduction selbst. Diese zerfällt wiederum in zwei Abschnitte, von denen der erste sich mit der Devolution der Appellation beschäftigt, indem er die Competenz des Obergerichts nach Quantität und Qualität der Sache erörtert. Es ist daher die Richtigkeit der Fatalien durch Bezug auf die Proceßgeschichte nachzuweisen, oder, sofern dies nöthig ist, um Restitution zu bitten, daran eine Aufzählung [20]) der Beschwerden zu knüpfen, um die Appellationssumme als vorhanden darzustellen, und endlich die Subordination des Richters a quo zu erwähnen. Vorkommen kann es, daß das Vorhandensein der Appellationssumme einer Bescheinigung bedarf. Hieran reiht sich dann die

---

20) Linde, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, IX, 311 fg.

Bitte, das Rechtsmittel für devolvirt zu achten. — Den zweiten Abschnitt des dogmatischen Theils bildet die eigentliche Rechtfertigung[21]) der einzelnen Beschwerden in materieller Beziehung. Diese wird nicht nothwendig mit der Einführungsschrift verbunden, vielmehr kann in jener die Frist zu dieser erbeten und dann die Rechtfertigung in einer gesonderten Schrift, worin in Ansehung der Formalien auf die Einführung Bezug genommen wird, erfolgen; sie kann aber auch in Bezugnahme auf die Voracten bestehen[22]).

VI. (§. 289.) Bei dem Gange des Appellationsprocesses entsteht manches Eigenthümliche in der Form daraus, daß außer den Parteien auch der Unterrichter gehörig zu instruiren und mit Befehlen, was er zu thun habe, zu versehen ist; es erfolgen diese Anordnungen theils in Form eines Decrets, theils in Form eines Rescripts. Die entscheidenden[23]) Verfügungen dieser Art, welche alsbald auf die Rechtfertigung der Beschwerden erfolgen, sind theils zurückweisende, theils abändernde. Bei den letztern, den Ordinationen (ordinatio s. rescriptum de emendando vel tollendo gravamine), welche allerdings nicht in ausdrücklichen Gesetzen, sondern nur in der Praxis ihren Ursprung haben, müssen, zumal dieselben, ohne daß der Oberrichter die Acten schon jetzt gesehen oder den Appellaten gehört hat, erlassen werden, folgende Voraussetzungen vorhanden sein: Begründung der Competenz des Oberrichters; unzweifelhafte Relevanz der Beschwerden, also Liquidität aus den frühern Acten; Wahrscheinlichkeit, daß der Appellat in der untern Instanz genugsam gehört worden sei und sich nach Beschaffenheit der Beschwerden neuer Thatsachen mit Erfolg nicht bedienen könne, z. B. weil die Beschwerden sich blos auf das jus in thesi beziehen; endlich die Absicht des Oberrichters, die Sache für die Zukunft an den Unterrichter zurückzugeben. Diese letztere ist in dem Ausspruche der Reformation einer Definitivsentenz nicht nothwendig enthalten, sondern liegt

---

21) Linde, Archiv für civil. Praxis, XIX, 278—285; Handbuch, III, 162. Bayer, a. a. O., S. 1053 fg.

22) Jüngster Reichsabschied, §. 65.

23) Linde, a. a. O., II, §. 167. Schmid, a. a. O., §. 254, III, 469 fg.

in der Form der Ordination, welche immer ein unbedingtes Mandat an den Unterrichter, über die Art und Weise, wie er verfahren soll, enthält.

VII. (§. 291.) Die Zurückweisung eines an das Appellationsgericht einmal gediehenen Rechtsstreits an das Untergericht zum Zwecke der Fortsetzung desselben kam nach Römischem Rechte 24) nicht vor, da dieses nur Appellationen gegen Definitivsentenzen, diese daher überhaupt nur als successive Verhandlungen kennt, die Hülfsvollstreckung aber stets einen neuen Rechtsstreit bildete. Allein das Kanonische Recht änderte dies ab, und in Folge dessen gelten jetzt folgende allgemeine Regeln über Fortsetzung der Hauptsache nach dem Relevanzbescheide bezüglich über Remission 25) der Acten. Ist der Relevanzbescheid ein Interlocut über die Beschwerden der Appellation, z. B. weil Nova vorgebracht worden sind, auf Beweis, so findet eine Remission der Acten vor definitiver Entscheidung über die Appellation niemals statt. Erfolgt dagegen eine definitive Entscheidung über die Appellation selbst, so muß, wenn dies eine confirmatorische 26) ist, die Remission der Acten jedenfalls und namentlich dann erfolgen, wenn der Richter erster Instanz refutatorische Apostel ertheilt hat; war aber die Sentenz eine reformatorische und die Berufung bezog sich auf Nebenpunkte, oder ein Interlocut, so ist die Rücksendung der Acten wegen des wenigstens im gemeinen Rechte ausdrücklich anerkannten Rechts auf die erste Instanz 27) nicht zu umgehen; war jedoch die Berufung gegen eine Definitivsentenz erster Instanz gerichtet, so hängt es vom Willen des Oberrichters ab, ob er die Acten zurückgeben will oder nicht, da die Functionen des Unterrichters vollständig ausgeübt worden sind. Durch Erlaß einer Ordination spricht der Oberrichter stillschweigend die Remission aus.

VIII. (§. 292.) Noch ist von den eigenthümlichen Wirkungen der Appellation gegen Endurtheile und gegen solche

---

24) L. 6, pr. C. de appell. et cons. (7, 62). v. Almendingen, Metaphysik, I, 113. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 366 fg.

25) Schmid, a. a. O., §. 236, III, 482 fg. Bayer, a. a. O., S. 1062.

26) Cap. 59 i. f. X. de appell. (2, 28), vergl. mit Cap. 5 de appell. in VI^to (2, 15).

27) Siehe oben §. 45 und 46, IV., S. 302 fg. und L. 54 D. de judic.

Interlocute, welche diesen gleichzustellen sind, in den verschiedenen Proceßabschnitten zu reden. Was nun A. die Einwendung des Rechtsmittels betrifft, so hat diese nicht allein den Devolutiveffect[28]) zur Folge, sondern begründet auch das jus novorum[29]) und in gewisser Weise das Recht, den Unterrichter zu perhorresciren[30]). — In Ansehung des Rechts, sich in der Appellationsinstanz neuer Ausführungen und Beweise zu bedienen, waren die Proceßlehrer des gemeinen Rechts, während manche Landesgesetze mit übertriebener Strenge die Benutzung aller Nova in der Appellationsinstanz und wol gar bei allen Rechtsmitteln ausschließen, umgekehrt viel zu nachsichtig in deren Zulassung; denn sie stellten das Princip auf, durch die Appellation werde der Rechtsstreit in die Lage der Litiscontestation versetzt und die Parteien seien berechtigt, in der Appellationsinstanz noch alles das vorzubringen, was sie bei der Litiscontestation hätten benutzen können. Diesen Grundsatz nannte man die rescissorische Kraft der Appellation. Mit Recht haben nun schon v. Grolmann und Gönner[31]) diesen Satz als unrichtig und gefährlich bestritten, sind jedoch, historisch erwogen, nach gemeinem Rechte hierin zu weit gegangen, indem sie das beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi mehr als nach gemeinem Rechte geschehen sollte, beschränken. Denn es gestattet schon das Römische Recht unzweifelhaft, nicht allein die Beschwerden aus den frühern Acten zu deduciren, sondern auch

---

28) L. 6 D. de appell. recip. (49, 5) L. 1, pr. D. nihil innov. (49, 7). L. 3 C. de appell. (7, 62). Cap. 55 X. de appell. (2, 28). Cap. 10 eod. in VI^{to} (2,15). Gönner, Handbuch, III, Abh. 57, §. 10. Bayer, a. a. O., S. 1061. — Ueber Attentate, Kammergerichtsvisitationsabschied von 1715, §. 49. (Neue Sammlung der Reichsabschiede, IV, 271.)

29) L. 36, 37 i. f. C. de appell. (7, 62).. L. 4 C. de temporib. appell. (7, 63). L. 2 C. sentent. resc. non posse (7, 50). Clem. 5 de appell. Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 33, §. 3 fg. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 113. Jüngster Reichsabschied, §. 73, 74. Gönner, a. a. O., III, Abh. 60, §. 18 fg. Linde, Handbuch, I, §. 37. S. 502 fg. Gesterding, Nachforsch., V, 2, S. 259. Schmid, a. a. O., III, 417. Bayer, a. a. O., S. 1019 fg.

30) Cap. 6, 24 X. de appell. (2, 28), wogegen Tit. tot. D. apud eum a quo appell. (49, 12).

31) Gönner, a. a. O., S. 278 fg. Grolmann, Theorie, §. 214.

Nova damit zu verbinden, ja sogar durch dergleichen allein [32]) eine Abänderung des vorigen Erkenntnisses zu bewirken, wäre dieses auch nach der frühern Lage des Processes vollständig gerechtfertigt gewesen. Die Appellation sollte die letzte Schutzwehr des materiellen Rechts gegen das blos formelle sein, und man konnte nicht etwa auf das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verfallen, um durch dieses die weggelassenen Nova zulässig zu machen, weil die Restitution bei den Römern nie eine Art Rechtsmittel gewesen ist, sondern eine ganz neue Klage, welche zumal gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß nur höchst selten [33]) stattfand. Daher war im Römischen Rechte das beneficium novorum in dieser Ausdehnung unstreitig begründet, im Kanonischen Rechte aber ist es bestätigt [34]) und in den Reichsgesetzen beibehalten worden.

IX. Muß aber sonach das beneficium novorum als gemeinrechtlich begründet angesehen werden, so bleibt nur noch die Frage zu beantworten, welche Nova in dieser Instanz noch zulässig sind. In dieser Beziehung ist aber soviel als feststehend nach Römischem Rechte [35]) zu betrachten, daß in keinem Falle eine mutatio libelli vermittelst des beneficium novorum zulässig werden kann, weil jede neue Klage nicht allein in separato angebracht werden, sondern auch res judicata aus einem andern Rechtsstreite ihr nicht entgegenstehen kann. Die Kammergerichtsordnung [36]) hat diese Beschränkung der Nova ausdrücklich wiederholt, so daß nur solche in Frage bleiben, welche den Gegenstand einer gesonderten

---

32) L. 6, §. 1, C. de appell. (7, 62). v. Almendingen, Metaphysik, I, 101. In Bezug auf das Römische Recht anderer Meinung: Gönner, a. a. O., §. 14. Linde, a. a. O., S. 485.

33) L. 35 D. de re judic. (42, 1). L. 4 C. de re judic. (7, 52). L. 21 i. f. C. de fide instrum. (4, 21).

34) Cap. 10 i. f. X. de fide instrum. (2, 22). Linde, a. a. O., S. 487, 488. Bayer, a. a. O., S. 1028.

35) L. 4 C. de tempor. et repar. (7, 63) — decernimus, ut licentia quidem pateat in exercendis consultationibus — etiam assertionibus utendi vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent sed ex illis oriuntur et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae.

36) Die Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 33, §. 5.

Rechtsverfolgung nicht bilden können. Zu diesen gehören nun vorzüglich neue Einreden und Beweise; jene, wenn sie einen getrennt nicht klagbaren Anspruch betreffen, wie dies bei Compensationen häufig der Fall ist. Daß nun die Römer alle vergessenen Einreden in der Appellationsinstanz noch zugelassen haben, darüber finden sich nicht allein ausdrückliche Vorschriften [37]), sondern es erklärt sich das auch daher, daß im römischen Processe eine bestimmte Frist zum Vortrag der Einreden unter der Androhung des Ausschlusses derselben nicht vorgeschrieben war. Nicht anders verhielt es sich mit den Beweisen, daher auch diese uneingeschränkt in der Appellationsinstanz zulässig waren, bis erst Justinian [38]) für den Zeugenbeweis die Einschränkung festsetzte, daß, sobald die Parteien mit den Aussagen der Zeugen bekannt geworden seien, aller weitere Zeugenbeweis wegfallen solle. Diese Vorschrift hinderte indeß nicht, im Appellationsverfahren Urkunden und sonstige Beweismittel zu benutzen. Dem entsprechend hat auch das Kanonische Recht [39]) allen neuen Zeugenbeweis in der Appellationsinstanz dann verboten, wenn in der untern Instanz die Zeugenaussagen bereits publicirt worden sind; im Uebrigen hat jedoch auch dieses das beneficium novorum mit der Ausnahme, daß es bei allen sogenannten Extrajudicialappellationen ausgeschlossen sei, beibehalten [40]), was dann auch im Reichsdeputationsabschiede von 1600, §. 113, wiederholt worden ist. Durch den Jüngsten Reichsabschied, §. 37, ist nun aber eine Veränderung insofern eingetreten, als für alle Einreden ein Präclusivtermin (oben §. 97, S. 496; §. 157, S. 153) gesetzt und angeordnet wurde, daß dieselben zugleich mit der Einlassung vollständig vorzutragen seien; dagegen ist auch hier eine Beweisfrist noch nicht vorgeschrieben. Es könnte daher nur die erstere Vorschrift eine Abänderung hinsichtlich des beneficii novorum hervorbringen. Daneben hat aber der Jüngste Reichsabschied, §. 73, das Recht, Nova in der Appellationsinstanz vorzutragen, unter Bezugnahme des geschrie-

---

37) L. 2 C. sentent. rescindi non posse (7, 50).
38) Nov. 90, cap. 4, §. 1.
39) Clem. 2, de testib. (2, 8).
40) Clem. 2, de appell. (2, 12).

benen gemeinen Rechts für beide Parteien anerkannt und nur verlangt [41]), daß alles neue Vorbringen specifice angezeigt werde, und die Partei, welche sich derartiger Thatsachen bedient, einen Gefährdeeid, dessen Formel jenes Gesetz buchstäblich enthält, ableiste; dabei ist jedoch den Parteien namentlich erlaubt [42]) zu schwören, daß sie es nicht für dienlich oder nöthig erachtet hätten, das Novum früher vorzutragen, so daß hieraus zu folgen scheint, es könne vermittelst eines solchen Eides jeder vorausgehende Präclusivtermin umgangen werden. Allein eine solche Ansicht würde irrig [43]) sein, da es recht wohl Fälle gibt, wo der eben gedachte Theil der Eidesformel wörtlich anwendbar bleibt, ohne den Effect der Präclusivtermine zu vernichten. Dies ist in Ansehung alles bessern Beweises ohne Weiteres der Fall, soweit nicht rücksichtlich eines neuen Zeugenbeweises die Einschränkungen des Kanonischen Rechts eintreten, indem im Uebrigen auch durch den Inhalt des Jüngsten Reichsabschiedes eine Beweisfrist nirgends vorgeschrieben ist; in Ansehung der Einreden aber nur so lange, als blos einlassungshindernde Einreden vorgetragen worden sind, eine Litiscontestation aber zur Zeit noch unterblieben ist, indem solchen Falls in der Appellationsinstanz neue Einreden jener Art unzweifelhaft vorgetragen werden können. Man braucht daher den Verfassern des Jüngsten Reichsabschiedes keine Inconsequenz vorzuwerfen, sobald man die zuletzt erwähnte Eidesformel auf diese Fälle beschränkt, mithin dieselbe restrictiv interpretirt. Dies muß umsomehr geschehen, weil sich der Jüngste Reichsabschied ausdrücklich auf das gemeine Recht bezieht, folglich die Vorschriften des Kanonischen Rechts nicht abgeändert hat, und weil es offenbar eine unzulässige Rechtsunkenntniß der Partei wäre, wenn sie Einreden oder Beweismittel für unnöthig oder für undienlich hätte achten wollen, ob ihr gleich eine peremtorische Frist zu deren Benutzung

---

41) Jüngster Reichsabschied, §. 64.

42) Jüngster Reichsabschied, §. 73, 118.

43) Linde, Handbuch, I, 502. Heffter, System, S. 547 fg. Schmid, a. a. O., S. 418 fg. Anderer Meinung: Gönner, a. a. O., III, 278. Bayer, a. a. O., S. 1024 fg.

vorgeschrieben war. Man kann daher nicht glauben, daß die Gesetzgeber von solchen Fällen geredet haben.

X. Von diesem Gesichtspunkte ausgehend, würde dann rücksichtlich des beneficii novorum in der Appellationsinstanz Folgendes als allgemein geltende Vorschrift zu betrachten sein: diese Rechtswohlthat ist nur unter der Voraussetzung, daß die Partei, welche dergleichen Nova hier vorträgt, jenen Gefährdeeid ableisten kann, überhaupt zulässig. Ist dieser Eid aber auch abgeleistet, dann können 1) neue Einreden im weitern Sinne des Worts, mithin auch Repliken und Dupliken u. s. w. nicht anders gebraucht werden, als wenn sie neu entstanden oder der Partei erst jetzt bekannt geworden sind, mag dann die Litiscontestation bereits erfolgt sein oder nicht; die übrigen Einreden dagegen, welche man bereits früher gekannt hat, nur dann, wenn eine Litiscontestation weder in der That erfolgt noch als erfolgt anzunehmen war [44]). — Was dagegen 2) die neuen Beweismittel anlangt, deren man sich in der Appellationsinstanz nach Ableistung jenes Eides bedienen will, so sind davon nicht nur diejenigen zulässig, welche die Partei erst neuerlich kennen gelernt hat, vorausgesetzt, daß es keine Zeugen sind, in Bezug auf welche bereits in erster Instanz ein Rotul publicirt worden ist, sondern es werden auch alle Beweismittel hierher gezählt werden müssen, für welche, obgleich man sie früher gekannt hat, eine peremtorische Frist noch nicht abgelaufen ist, was nach Landesgesetzen allerdings höchst selten der Fall sein wird.

XI. Eine andere Frage ist es, ob unter diesen Einschränkungen heutigentags erlaubt sei, eine Appellation lediglich durch Nova zu rechtfertigen, in welchem Falle man mithin zugeben muß, daß das angefochtene Erkenntniß den bisherigen Acten gemäß sei. Nach gemeinem Rechte kann die Statthaftigkeit einer derartigen Rechtfertigung der Appellation nicht bezweifelt werden, da das Römische Recht es ausdrücklich gestattet, eine andere Reichsgesetzgebung aber nicht vorhanden ist, und der Einwand, es gehörten diese Fälle zu dem außerordentlichen

---

44) Linde, a. a. O., S. 505. Schmid, a. a. O., S. 419. Anderer Meinung: Bayer, a. a. O., S. 1026. Spangenberg, Archiv für civil. Praxis, IX, 52 fg.

Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, darum ohne Grund ist, weil das gemeine deutsche Recht die Restitution als ein solches Rechtsmittel gar nicht kennt, vielmehr nur als eine spätere Klage, welche es nicht überflüssig macht, in der Appellationsinstanz durch Nova, welche man nicht rechtzeitig kennen gelernt hat, Hülfe zu suchen.

§. 293.

b) Nicht devolutive Rechtsmittel [1]).

Wenn auch das Römische Recht schon Rechtsmittel vor demselben Richter kannte (retractationes, supplicationes), indem Justinian [2]) gestattete, gegen das Erkenntniß eines Präfectus Prätorio innerhalb 10 Tagen bei demselben ein Rechtsmittel einzuwenden, so ist doch das nicht als der Ursprung der gemeinrechtlichen, nicht devolutiven Rechtsmittel zu betrachten. Vielmehr scheinen die Reichsgesetze [3]) in dieser Beziehung die Bestimmungen von Landesgesetzen nachgeahmt zu haben, als sie verordneten, daß bei fehlender Summe zu einer Appellation an die Reichsgerichte ein Rechtsmittel vor dem nämlichen Richter, welcher das beschwerende Urtheil gefällt hatte, gestattet werde, von den Parteien aber, wenn sie dem Richter nicht trauten, auf Actenversendung angetragen werden könne. Man nannte dieses Rechtsmittel, welches das Surrogat der Appellation an die Reichsgerichte bildete, Revision. — In den einzelnen Territorien galt dieses Rechtsmittel schon früher als Surrogat der Appellation an andere Landesgerichte, ja hie und da erlaubte

---

1) Goldschmidt, Abhandlungen aus dem Civilprocesse, XI. Heffter, System, S. 558 fg. Linde, Handbuch, II, 374. Derselbe, Archiv für civil. Praxis, XXI, 309 fg. Bayer, a. a. O., S. 1076 fg. Schmid, a. a. O., S. 502.

2) Nov. 119, cap. 5; vergl. dagegen L. un. C. de sent. praefect. praet. (7, 42). L. 5, §. 5, C. de tempor. (7, 63). v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, S. 369, 373.

3) Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 16. Jüngster Reichsabschied, §. 43.

man auch in Rechtssachen, in welchen die Appellationssumme allerdings vorhanden war, die Wahl zwischen einem solchen Rechtsmittel und der Appellation. Das Verfahren bei diesem Rechtsmittel ist dem Appellationsverfahren sehr ähnlich, nur werden dabei, wenn nicht Nova vorkommen, lediglich zwei Schriften zugelassen: die Einwendung und die Rechtfertigung des Rechtsmittels.

§. 294 und 295.

C. Von der Beschwerde über heilbare Nichtigkeiten.

Ferner:

2) Von den außerordentlichen Rechtsmitteln.

A. Von der Beschwerde über unheilbare Nichtigkeiten.

I. Das Römische Recht [1]) und das ältere Kanonische Recht enthalten zwar Manches über ein fehlerhaftes Proceßverfahren, welches zur Folge hat, daß ein Rechtsstreit ganz oder theilweise als nichtexistirend betrachtet wird, allein von einem eigenen Rechtsmittel, um diese Fehler geltend zu machen, von der Nichtigkeitsklage, kommt darin keine Spur vor, vielmehr wird ganz consequent alles Nichtige auch im Processe so behandelt, als ob es gar nicht vorhanden wäre. Es wurde durchaus keine Notiz davon genommen, und derjenigen Partei, welche sich aus einem solchen fehlerhaften Proceßschritte Rechte anmaßte, entweder die Einrede oder die Replik der Nullität opponirt. Gegen solche Schritte zu appelliren, wurde nicht für nothwendig erachtet. Erst im Mittelalter hat die italienische Praxis, der man in Deutschland gefolgt ist, eine besondere querela nullitatis erfunden, und schon im spätern Kanonischen Rechte [2]) wird von einer Klage de nullitate geredet. Solche Querelen

---

1) Tit. tot. D. quae sentent sine appell. rescind. (49, 8). Tit. tot. C. quando provocare non est necesse (7, 64). Voet, Comm. ad Pandect. 49, VIII, §. 1. — Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 167. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 374 fg.

2) Clem. 1, de sentent. (2, 11). Goldschmidt, Abhandlungen aus dem Civilprocesse, X, §. 2.

unterschied man von den Appellationen hauptsächlich dadurch, daß sie an keine Fatalien gebunden und 30 Jahre lang zulässig, endlich auch da gestattet sein sollten, wo es an der Appellationssumme fehlte, da eine solche für dieses Rechtsmittel nirgends vorgeschrieben war. Es traten jedoch bei dem Gebrauche dieser Querelen bald große Misbräuche ein, indem man zur Umgehung der Appellationsfatalien oder Appellationssummen alle Urtheile als nichtig darzustellen und anzufechten suchte. Dieser Uebelstand führte zu mancherlei Bestimmungen in den Reichsgesetzen, sowie in fast allen Landesproceßordnungen, wodurch die Nullitätsquerelen zwar an und für sich selbst anerkannt, jedoch mehr oder weniger an sich eingeschränkt worden sind. — Nach gemeinem Rechte bleiben daher namentlich nur die zwei Fragen noch zu beantworten: 1) In welchen Fällen ist die Nullitätsquerel zulässig? und 2) wie muß bei deren Erhebung verfahren werden?

II. (Zu 1.) Offenbar hat die Reichskammergerichtsordnung von 1555 [3]) schon eine große Beschränkung der Proceßnullitäten dadurch eingeführt, daß sie nicht mehr alle im Römischen und Kanonischen Rechte vorkommenden zuläßt, vielmehr diejenigen verwirft, welche nur eine versäumte Form betreffen, ohne daß dabei der Partei zugleich in der Hauptsache ein unwiderbringliches Unrecht zugefügt wäre. Reine Formfehler, ohne Nachtheil für das materielle Recht der Parteien, begründen daher jetzt gar keine Nullitätsquerelen. Allein die Reichskammergerichtsordnung ging noch weiter, indem sie außerdem noch festsetzte, daß sogar diejenigen Nullitäten, welche reellen Nachtheil für die Partei erzeugen können, in der Regel successiv mit der Appellation cumulirt und in einerlei Termin erörtert werden sollen, so daß ein besonderes Nullitätsverfahren unnöthig wird. Davon sollen jedoch wiederum diejenigen ausgenommen sein, welche an sich offenbar vorhanden sind, in anderer Instanz aber nicht „ratificirt" werden möchten, was vielleicht rectificirt heißen sollte. Dessenungeachtet entstanden aber neue Klagen über den Misbrauch der

---

3) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 34, §. 3 vergl. mit Tit. 21, §. 1. — Oben §. 13 u. 14, I.—V., S. 113 fg. Archiv für civil. Praxis, XIX, 385 fg.

Nullitätsquerelen und veranlaßten im Jüngsten Reichsabschiede, §. 121, die Festsetzung der Regel: daß in beiden Fallen, sowol bei der sententia iniqua als bei der nulla das Decendium beobachtet werden müsse; leider aber wurde auch im §. 122 desselben noch eine Reihe von Ausnahmen hinzugefügt, deren Umfang nichts weniger als deutlich ist. Seitdem haben die Proceßlehrer zwei Gattungen von Nullitäten unterschieden: die heilbaren und die unheilbaren, wiewol das Gesetz den Nullitäten nicht geradezu dieses Prädicat beilegt, die Grenze aber zwischen beiden Arten durchaus nicht übereinstimmend festgestellt. Gönner[4]) betrachtet es nämlich als Kennzeichen der unheilbaren Nullitäten, daß sie durch solche Fehler veranlaßt würden, welche dem Verzichte der Parteien nicht unterworfen sind. Allein dagegen ist mit Grund geltend gemacht worden, daß, da ja bei den gewöhnlichen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der ganze Streitgegenstand dem Verzichte der Parteien unterworfen sei, auch alle Proceßhandlungen, welche doch nur die Mittel seien, um zu diesem Zwecke zu gelangen, für den einzelnen vorliegenden Fall demselben Verzichte unterliegen müßten. v. Almendingen[5]) dagegen behauptet, daß zu den im §. 122 des Jüngsten Reichsabschiedes ausgenommenen unheilbaren Nullitäten nur solche gehören könnten, bei denen nach der Natur der Sache das fehlerhafte Verfahren keinen Erfolg haben könne, z. B. ein Erkenntniß, welches völlig unbestimmt lautet oder wol gar etwas Unmögliches auferlegt; er nennt diese nullitates juris naturalis, und setzt ihnen alle diejenigen als positive entgegen, welche erst dadurch entstehen, daß im positiven Recht gewisse Erfordernisse des richterlichen Verfahrens vorgeschrieben sind, welche bei dem im vorliegenden Falle beobachteten Verfahren fehlen, behauptet aber rücksichtlich dieser, daß sie abgeschafft seien, indem sie heilbar wären. Allerdings unterstützen ihn bei diesem Unterschiede die Verhandlungen, welche dem Jüngsten Reichsabschiede vorangingen, indem sich darin nicht

---

4) Gönner, Handbuch, III, Abh. 64, §. 4 fg.

5) v. Almendingen, Metaphysik, I, 253 fg., bes. 300 fg. Schmid, Handbuch, III, 520, §. 242.

nur jene Ausdrücke finden, sondern auch ein Beschluß [6]) des Kaisers und der Reichsstände, welcher auf diesen Unterschied Rücksicht nimmt, den Begriff der Nullität „contra jus naturale" und „contra jus positivum" aber nicht näher entwickelt, und in den Jüngsten Reichsabschied selbst überhaupt nicht aufgenommen worden ist. Da nun zu den Zeiten des Jüngsten Reichsabschiedes obendrein unter dem jus naturale etwas ganz Anderes verstanden wurde, als was wir heutigentags unter Naturrecht oder Natur der Sache verstehen, wie sich das aus den Schriftstellern [7]) jener Zeit deutlich ergibt, und da ferner die im §. 122 des Jüngsten Reichsabschiedes genannten Nullitäten aus der Person des Richters, der Parteien und den Substantialien des Proceßverfahrens unmöglich auf solche beschränkt werden können, bei welchen im Falle des Eintritts ein Erfolg des Verfahrens nicht weiter denkbar wäre, vielmehr manche solche Nullitäten positiven Rechtes sind, so wird sich die von v. Almendingen aufgestellte Ansicht kaum rechtfertigen lassen.

III. Richtiger würde es dagegen sein, die Worte [8]) des §. 122 des Jüngsten Reichsabschiedes aus dem übrigen gemeinen Rechte und besonders aus der Kammergerichtsordnung zu erläutern, weil der Jüngste Reichsabschied nichts Neues hat ordnen wollen, sondern sich als auf etwas Bekanntes darauf bezieht, daß gewisse Nullitäten geheilt werden können, wie schon im Römischen Rechte dergleichen Fälle vorkommen, wo in Folge späterer Ereignisse eine anfängliche Nullität ihre Kraft verliert. Damit stimmt auch die Kammergerichtsordnung [9]) überein, welche

---

6) Fürstenrathsconclusum vom $\frac{18.}{28.}$ April 1654. Kaiserliche Resolution vom $\frac{\text{23. April}}{\text{3. Mai}}$ 1654 in Emminghaus, Corp. jur. Germ. academ., II, 327, Note * (1 Aufl.).

7) Vantius, De nullitat. process. et sentent. (Köln, Ausgabe von 1697), tit. ult., no. 125, S. 504—508; vergl. mit tit. 2 de modo et ordine videndi process., S. 14 fg. Gail, Observat., I, obs. 75.

8) Jüngster Reichsabschied, §. 122. „Bei denjenigen Nullitäten aber, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters, oder der Parthey, oder aus den substantialibus des Processus, nach sich führen, verbleibt es bei der Disposition des gemeinen Rechten."

9) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 34. §. 1 u. 2. Das

von gewissen Fällen redet, wo die begangene Nullität nicht ratificirt werden könnte, woraus eine entgegengesetzte Classe solcher Nullitäten entsteht, die durch fortgesetzte Verhandlungen, namentlich in einer andern Instanz, ratificirt werden. — Diesem Gesichtspunkte entsprechend, gehören zu den unheilbaren [10]) Nullitäten nur diejenigen, welche im Stande sind, den Parteien einen reellen Nachtheil zu verursachen, nicht aber zu den bloßen Formfehlern gezählt werden können. Daneben müssen sie aber von der Beschaffenheit sein, daß durch die Fortsetzung des Processes, namentlich durch ordentliche Rechtsmittel, ihre schädlichen Wirkungen nicht aufgehoben werden können, sondern daß zu dem Ende immer eine Cassation des Fehlerhaften nothwendig bleibt.

IV. Zu den unheilbaren Nullitäten gehören [11]) daher A. aus der Person des Gerichts der Mangel an 1) aller Jurisdiction [12]) oder wenigstens der Gattung, welche zur Behandlung des einzelnen Rechtsstreits erforderlich war; 2) an objectiver Competenz, weil dabei eine Prorogation nicht zulässig ist; 3) die Entscheidung einer causa propria des Gerichts (§. 43, II., S. 289 fg.); 4) vorliegende Bestechung

---

Kammergericht solle keinen Rechtsstreit als nichtig verwerfen, wegen anderer Unförmlichkeiten, außer wegen solcher „dadurch der Partei in der Hauptsache ein unwiderbringliches Unrecht geschehen." Ueber eine öffentliche (liquide) Nullität, „welche in anderer Instanz nicht ratificirt werden möchte", solle vor weiterer Appellationsverhandlung — mithin als separirter Präjudicialpunkt — endlich gesprochen werden.

10) Vergl. die im Compendium, §. 294, Note q, genannten Schriftsteller. Herguet, Nichtigkeitsklage in bürgerl. Rechtsstr. (1838). Nachtrag (1843) in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XVII, 305. Brackenhöft, Erörterungen, S. 66 fg. Linde, Handbuch, II, 398 fg. Mittermaier, Der gemeine deutsche Proceß, Beitr. 3, S. 93 fg. Schmid, Handbuch, III, 508 fg., §. 241 fg. Bayer, Vorträge über Civilproceß (8. Aufl.), S. 1082 fg.

11) Goldschmidt, Abhandlungen aus dem Civilprocesse, X. Heffter, Institutionen, S. 249 fg. v. Röder, Beiträge zur Lehre von den Nichtigkeiten, S. 26 fg. Linde in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, XII, 8 fg.; Derselbe, Handbuch, II, 405—447.

12) L. 3 C. de jurisd. omn. jud. (3, 13). L. 81 D. de judic. (5, 1).

des Richters[13]), weil selbst da, wo das Erkenntniß materiell gerecht wäre, der Bestechende seines Rechts verlustig sein soll. — B. Unheilbare Mängel an den Parteien oder auch an den Personen der Anwälte, insofern 1) die Partei eine absolute Unfähigkeit an sich trägt, vor Gericht aufzutreten[14]); 2) wenn eine solche Inhabilität in Frage steht, weshalb die Assistenz eines Curators oder Hausvaters erforderlich gewesen wäre, und die Partei, welche eines solchen Beistandes bedurft hätte, den Proceß verlor[15]); 3) fehlende und nicht mehr nachzuliefernde Legitimation zur Sache in Bezug auf dritte Personen, welche eigentlich bei diesem Rechtsstreite zur Sache legitimirt waren (§. 36, IV., S. 257 fg.); 4) ausgemacht fehlende Proceßlegitimationen eines Procurators oder Syndicus, sobald der Principal die Ratihabition verweigert[16]). C. Aus den Substantialien des Processes gehört hier wol nur her: 1) wenn die Verhandlung inquisitorisch geleitet und von dem Gericht dadurch sein Amt überschritten, wol gar das beneficium primae instantiae, wie in Criminalsachen, hintenangesetzt worden wäre; 2) wenn ein Urtheil auf verfälschte Urkunden oder auf die Aussagen meineidiger oder bestochener Zeugen gegründet, und dadurch die Gerechtigkeit verletzt worden wäre; 3) wenn das Urtheil allein auf Thatsachen beruht, welche in den Acten gar nicht vorkommen, sondern von Amtswegen supplirt wurden; denn dergleichen kann sich keine Partei zu eigen machen, ohne eine mutatio libelli zu begehen, welche unstatthaft ist; 4) die Nullität aller solcher Erkenntnisse, wodurch etwas absolut Unmögliches[17]) auferlegt ist, oder welche völlig unbestimmt lauten; 5) die Nullität solcher Urtheile, welche gegen den Inhalt früherer rechtskräftiger, dem Gericht nicht unbekannter Entscheidung in Bezug auf das näm-

---

13) L. 1 C. de poen. judic. (7, 49). L. 7 C. quando provoc. (7, 64).

14) L. 9 D. de re judic. (42, 1). L. 6 C. de judic. (3, 1).

15) L. 45 D. de re judic. L. 1 C. qui legit. pers. (3, 6). L. 6 C. quomodo et quando (7, 43). L. 4 C. in quib. caus. (2, 41), vergl. mit L. 14 C. de procur. (2, 13).

16) L. 24 C. de procur. (2, 13). L. 56 D. de judic. (5, 1).

17) L. 3 D. quae sent. sine appell. (49, 8).

liche Rechtsverhältniß verstoßen [18]); 6) die Nullität solcher Erkenntnisse, welche etwas Irrelevantes für die Fortsetzung des Rechtsstreits vorschreiben, sei es ein unerheblicher Beweis oder Eid; 7) die Nullität solcher Erkenntnisse, welche einen offenbaren Rechnungsfehler enthalten, jedoch nur soweit dieser von Einfluß ist. Dagegen läßt sich nicht behaupten [19]), daß die Verurtheilung einer nicht geladenen Partei, welche als ungehorsam behandelt wurde, zu den unheilbaren Nullitäten gehöre, weil eine solche, dem Gesetze gemäß, als ihr Recht aufgebend, behandelt wird, wenn sie nicht, sobald sie das Urtheil erfuhr, demselben widersprach.

V. (Zu 2.) Die Art und Weise, wie bei einer statthaften Nullitätsquerel verfahren [20]) werden muß, ist anders hinsichtlich der heilbaren als der unheilbaren Nullitäten. Denn jene sollen wie ein ordentliches Rechtsmittel innerhalb 10 Tagen eingewendet werden [21]), jedoch ist bei manchen Arten derselben nicht vom Tage der Publication des Urtheils, sondern erst von dem Tage an jene Frist zu berechnen, wo der Partei das Vorhandensein der Nullität bekannt geworden ist. — Ob durch diese Vorschrift die Befugniß der Parteien aufgehoben ist, dergleichen Nullitäten vermittelst einer Einrede oder Replik auch noch später geltend zu machen, darüber enthält das gemeine Recht zwar keine bestimmten Vorschriften, es muß aber diese Frage nach der Intention der Gesetze wol deshalb bejaht werden, weil durch die vorgeschriebene Beobachtung des Decendiums diese Classe der Nullitäten überhaupt beschränkt werden soll [22]). — Ebenso ist es im gemeinen Rechte unbestimmt [23]) gelassen, ob

---

18) L. 14, 42, 62 D. de re judic. (42, 1). L. 1 C. sentent. rescindi non posse (7, 50).

19) L. 3 C. quando et quomodo (7, 43).

20) Schmid, Handbuch, III, 521 fg., §. 243. Bayer, a. a. O., S. 1090 fg., 1098.

21) Jüngster Reichsabschied, §. 121.

22) Grolmann, Theorie, §. 218. Schmid, a. a. O., S. 527. Anderer Meinung: Linde, Handbuch, II, 549 fg., §. 264.

23) Anderer Meinung: Gönner, Handbuch, III, Abh. 65. Schmid, a. a. O., S. 529; nach der Kammergerichtsordnung von 1521, Tit. 21, §. 1; von 1555, Th. 2, Tit. 34, §. 1. Dagegen v. Bülow u. Hagemann, Erörterungen, IV, Erört. 21. Herguet, Richtigkeitsklage, §. 27.

man die Nullitätsquerel dieser Art nur bei dem nächsten Obergerichte oder auch bei demselben Gerichte anbringen könne, vor welchem die Nullität passirt ist. Die Entscheidung dieser Frage wird lediglich davon abhängen, ob bei dem einzelnen Gerichte Rechtsmittel „coram eodem judice" zulässig sind oder nicht. Denn wo die Zulässigkeit dieser anerkannt ist, fehlt es an zureichenden Gründen, die Zulassung der Nullitätsquerel nach Analogie der Leuterungen zu bestreiten, besonders wenn solche Nullitäten in Frage sind, welche nicht sowol dem Richter an und für sich, als der Partei und deren Anwälten zur Last fallen. — Ob zur Begründung der Nullität Nova gebraucht werden dürfen, ist im gemeinen Rechte nicht entschieden, und deshalb nicht unbedingt zu verneinen. — Was dagegen das Verfahren[24]) bei den unheilbaren Nichtigkeiten betrifft, so leidet es nach gemeinem Rechte keinen Zweifel, daß auch diese in Form einer Einrede oder Replik geltend gemacht werden können, und in diesem Falle nicht einmal der dreißigjährigen Verjährung unterworfen sind; wogegen, wenn eine solche im Wege einer querela nullitatis geltend gemacht werden soll, oder die Partei in der Lage ist, dies thun zu müssen, dann allerdings die dreißigjährige Verjährung hinsichtlich des Gebrauchs derselben zur Anwendung kommt. Im Uebrigen gelten davon dann die Grundsätze, welche im §. 295 enthalten sind.

§. 296.

B. Von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Das Gesuch um eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wider die in einem Rechtsstreite erlittenen Nachtheile, kommt nach der Theorie des gemeinen deutschen Processes in zwei verschiedenen Gattungen vor: 1) als das ganz gewöhnlich römisch-rechtliche Rechtsmittel[1]), wenn die Par-

---

24) Goldschmidt, a. a. O., X, §. 1 fg. v. Almendingen, Metaphysik, S. 313 fg. Linde, Handbuch, II, 263 fg. Bayer, a. a. O., S. 1095 fg.

1) L. 42, 50 D. de minor. (4, 4). L. 26, §. 7, 8, D. ex quib. caus. major. (4, 6). Clem. un. de restitut. in integr. (1, 11). Reichsdeputa-

teien oder deren Stellvertreter etwas versäumt oder unrichtig behandelt haben, und vielleicht schon vor dem richterlichen Erkenntnisse den Schaden wieder abwenden wollen, welcher nach strengem Rechte aus solchen Versäumnissen oder unrichtigen Darstellungen ihnen bevorsteht. In einem solchen Falle bildet die Restitution einen ganz gewöhnlichen Incidentstreit bei dem nämlichen Gerichte, wo der Fehler vorgefallen ist. Ein solcher Incidentstreit wird dann mitunter brevi manu abgemacht, d. h. die Restitution wird ertheilt, ohne vorher den Gegner erst gehört zu haben, wenn die Gründe dazu ebenso unbestreitbar sind als die Läsion, welche aus dem vorgekommenen Fehler hervorgegangen ist. Leidet das Eine oder Andere irgend einen Zweifel, so muß zwischen den Parteien vorerst das gewöhnliche Wechselverfahren stattfinden, ehe über das Restitutionsgesuch erkannt werden kann. — Ganz anders dagegen verhält es sich 2) mit dem wahren Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein Endurtheil[2]), oder allenfalls ein solches Interlocut, welches in seinen Wirkungen jenem gleich steht. Dieses Rechtsmittel wird in Deutschland besonders da angewendet, wo nach den bisherigen Verhandlungen das anzufechtende Erkenntniß zwar ganz gerecht sein würde, allein durch neue Thatsachen nachgewiesen werden kann, daß es in der That die Rechte der Parteien verletzt, gleichwol die Rechtskraft der Anfechtung desselben entgegensteht. Man hat nämlich in solchen Fällen weniger Schutz im Römischen Rechte [3]) finden können, weil dieses auch unter solchen Voraussetzungen neben der Verletzung eine besondere justa causa fordern würde, und diese letztere obendrein dadurch beschränkt, daß außer Minderjährigen und außer dem Fiscus kaum Jemand gegen die

---

tionsabschied von 1600, §. 86. Gensler im Archiv für civil. Praxis, IV, 114—118, 121—123. Schmid, Handbuch, III, 572 fg., §. 244.

2) Die im Compendium, Note 6, genannten Schriftsteller: Linde, Handbuch der Rechtsmittel, II, §. 276 fg. Burchardi, Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §. 12, S. 184 fg.

3) L. 35, 56 D. de re judic. (42, 1). L. 4 C. eod. tit. (7, 32). L. 11 C. de reb. cred. (4, 1). Tit. tot. C. sent. rescindi non posse (7, 50).

Rechtskraft restituirt[4]) werden soll. Daher hat man in der Kammergerichtsordnung und in einigen spätern Beschlüssen des Reichskammergerichts ein eigenes Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei dieser Behörde eingeführt, um auch ohne besondere justa causa blos wegen neu aufgefundener Gründe und Beweise die Rechtskraft wieder umstoßen[5]) zu können. Allein diese Eigenthümlichkeit des kammergerichtlichen Verfahrens kann auf Territorialgerichte ohne ausdrückliche landesherrliche Bestimmungen nicht wohl angewendet werden; mithin kann man für den gemeinen Proceß die Geltung dieses Rechtsmittels durchaus nicht rechtfertigen[6]). In den meisten Landesproceßordnungen dagegen findet sich dieses Rechtsmittel, und erfährt dann eine Behandlung, welche der eines nichtdevolutiven Rechtsmittels entspricht. Nur ist im Allgemeinen dabei zu erinnern, daß eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von kurzer Hand hier nicht wohl erfolgen kann.

---

4) L. 9, pr.; 29, §. 1; 42 D. de minor. (4, 4). L. 1, 2, 4, 5 C. si adv. rem jud. (2, 27). Linde, Handbuch, II, 687. — L. 4 C. quib. ex caus. major. (2, 54). L. 3 C. de jure rei publ. (11, 29). L. 35 de re judic. (42, 1). Heffter, System, S. 566.

5) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 52. Gemeine Bescheide des Reichskammergerichts vom 7. Juli 1669, und 7. Juli 1671; bestätigt bei der Visitation im Jahre 1713. Siehe darüber oben §. 4, S. 32 fg. v. Riedesel, Vorträge an den vollen Rath des Reichskammergerichts, S. 106 fg.

6) Anderer Meinung: Linde, Handbuch, II, §. 279 fg. Schmid, a. a. O., §. 245, S. 543 fg. Bayer, a. a. O., S. 1102.

Dritte Hauptabtheilung.

Von der Rechtsverfolgung selbst.

Zweiter Abschnitt.

Insbesondere von dem Verfahren außer dem förmlichen Concurse.

Vierte Unterabtheilung.

Von den Zwischenhandlungen.

§. 297—301.

I. Von den Zwischenhandlungen in Ansehung des Richters.

I. Während der Verhandlung eines Rechtsstreits kommen manche zufällige Proceßschritte vor, rücksichtlich deren es zwar nicht zweifelhaft ist, daß sie statthaft sind, für die sich aber nach der Ordnung der Proceßtheorie, da sie an mehren Stellen denkbar sind und ebenso gut ganz fehlen können, kein bestimmter Platz anweisen läßt. Man bezeichnet derartige Proceßschritte und Verhandlungen daher als Zwischenhandlungen. Classificiren lassen sie sich nicht nach den verschiedenen Instanzen, welche der Rechtsstreit etwa durchläuft, sondern nur nach den Objecten, auf welche sie sich beziehen, nach dem Proceßsubject, der Art des Verfahrens und einer ungewöhnlichen Beendigung des Processes.

II. Zwischenhandlungen in Ansehung der Person des Richters bezwecken entweder dessen freiwillige Vermeidung oder

die Substituirung, die Anordnung eines außerordentlichen Richters an die Stelle des ordentlichen. Die Umgehung des Richters aus Mangel an Zutrauen zu dessen Unparteilichkeit oder Kenntnissen erfolgt entweder direct, indem die Partei, solange sie noch nicht mit Kenntniß des Verdachtsgrundes vor demselben gehandelt hat, sich denselben verbittet[1]), oder indirect, durch den Antrag auf Actenversendung. Der Kläger, welcher einen Richter verbitten will, hat sein desfallsiges Gesuch, wenn dadurch eine ganze Gerichtsstelle beseitigt wird, bei dem nächsten Obergerichte entweder als Anhang der Klage oder besser noch als ein abgesondertes Gesuch unter Angabe von Gründen anzubringen, diese Gründe zu bescheinigen oder zum Perhorrescenzeide sich zu erbieten (§. 59, II., IV., S. 360 fg., besonders Note 17, 18). — In der Regel wird über das Gesuch, ohne den Gegner zu hören, erkannt, und es entweder verworfen oder wegen der Ableistung des Eides das Geeignete verfügt. — Macht jedoch der Beklagte ein solches Mistrauen geltend, so geschieht das vermittelst einer dilatorischen Einrede, und das nächste Obergericht entscheidet[2]), wenn es sich um eine ganze Instanz handelt, über das Gesuch. — Dringt die Partei mit einem solchen Gesuche durch, dann wird, falls die untere Instanz recusirt ist, die Sache vor dem Obergerichte oder einem von diesem ernannten Commissar verhandelt.

III. Die Substitution eines außerordentlichen Richters an die Stelle des ordentlichen kann aber ferner durch Ver-

---

1) L. 16, 18 C. de judic. (3, 1). L. 13 C. de except. (8, 36). Nov. 96, cap. 2, §. 1. Cap. 61 X. de appell. et recus. (2, 28). Cap. 39 X. de offic. jud. deleg. (1, 29). Cap. 4 de sent. et judic. in VI^to^ (1, 14). Ueber das römische Recht: Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 10 u. 31. Puchta, Institutionen, II, 42 fg. Keller, Röm. Civilproceß, I, 39 fg. — Gönner, Handbuch, I, Abh. 12. Lotz, Abhandlungen, Nr. 2. Gesterding im Archiv für civil. Praxis, VI, 238 fg. Derselbe Nachforschungen, I, 428 fg. Brackenhöft, Erörterungen, S. 202 fg. Schmid, Handbuch, I, 46 fg., §. 26 fg. Bayer, Vorträge über Civilproceß (8. Aufl.), §. 81 fg., S. 251 fg.

2) Cap. 41, 61 X. de appell. (2, 28). Cap. 10 X. de foro compet. (2, 3). Betrifft das Gesuch nur einzelne Gerichtsmitglieder, so beurtheilen die übrigen den Antrag: Arg. Cap. 4 de offic. et potest. judic. deleg. in VI^to^ (1, 14).

sendung der Acten[3]) an ein auswärtiges Spruchcollegium geschehen, und ist entweder eine freiwillige in Folge des Antrags der Parteien, oder eine von Amtswegen erkannte (§. 69, S. 414). Im ersten Falle ist das Gesuch vor dem Actenschlusse einzubringen, im letzten wird sie erst nach geschlossenem Verfahren den Parteien bekannt. In Bezug auf das weiter stattfindende Verfahren, welches im §. 299 angegeben ist, bleibt nur zu gedenken, daß die Versendung an eine eximirte Spruchbehörde nichtig ist und folgeweise das von ihr gefällte Erkenntniß als nichtig keine Bedeutung hat; ferner aber, daß auch die Entscheidungsgründe des Erkenntnisses den Parteien mitzutheilen sind.

IV. Das Recht an Stelle des ordentlichen Richters einen außerordentlichen, eine Commission[4]) zu ernennen, wodurch jenem die Gerichtsbarkeit, welche ihm für die einzelne Sache zustand, entweder ganz oder theilweise entzogen wird, steht nur dem Landesherrn und den Obergerichten zu. Solche Ernennungen haben aber das wohlerworbene Recht jedes Staatsbürgers, vor den einmal geordneten Gerichten des Staats Recht zu nehmen, dann aber das dadurch öffentlich ausgesprochene Mistrauen gegen die ordentlichen Gerichte und eine leicht veranlaßte Instanzenhäufung oder Störung der Gerichtsorganisation gegen sich. Es wird deshalb dabei vor allen Dingen ein gerechter Grund, besonders wenn die Sache dem ordentlichen Richter ganz entzogen und die Entscheidung derselben einem andern übertragen werden soll, vorausgesetzt. Als ein solcher ist zu betrachten, wenn der ordentliche Richter aus irgend einem Grunde unfähig oder von den Parteien oder einer derselben verbeten wird. Wird von einer der Parteien der Antrag auf Ernennung einer Commission eingebracht, so wird nicht ohne Gehör

---

3) Vergl. die §. 69, Note 1, Genannten. Schmid, Handbuch, I, 71 fg., §. 38.

4) Glück, Commentar, III, 295. Gönner, Handbuch, IV, Abh. 74. Heffter, Institutionen des Civilprocesses, S. 40 fg. Derselbe, System, S. 51, Nr. 48. Puchta, Dienst deutscher Justizämter, I, §. 53. Mühlenbruch, Grundriß, §. 75, S. 45; §. 83, 84. Brackenhöft, Erörterungen, S. 180 fg. Schmid, a. a. O., I, 62 fg., §. 35. Bayer, a. a. O., §. 57, S. 171 fg.

des Gegners darüber erkannt. Anders ist es, wenn die Sache selbst nach ihrer Eigenthümlichkeit es erfordert, oder wenn es sich nur um die Instruction, nicht aber um die Entscheidung eines Rechtsstreits handelt. Der Commissarien können auch mehre[5]) für eine Sache ernannt werden, und zwar haben, wenn das Commissorium die Clausel enthält: „sammt und sonders", sie regelmäßig gemeinsam und nur ausnahmsweise aus besondern Gründen die Einzelnen zu handeln, wogegen, wenn das Commissorium Mehre „sammt oder sonders" ernennt, die Prävention unter den mehren Berechtigten entscheidet. Das Commissorium selbst ist aber streng[6]) auszulegen und erlischt mit Beendigung der Sache, wofür es gegeben, oder dem Tode des Commissars, wenn es ein persönliches und nicht ein dem Amte, der juristischen Person des Gerichts, gegebenes war. Der Commissar hat die Proceßordnung des Committenten anzuwenden und die Sporteln, wenn das Commissorium etwas Anderes nicht enthält, zu beziehen.

§. 302.

II. Zwischenhandlungen in Ansehung der Parteien.

1) Reassumtion des Processes.

I. Jeder Kläger hat bekanntlich bei Anfang des Processes das Recht, sich nach seiner Willkür den Beklagten und die Streitgenossen zu wählen, welche er activ oder passiv in den einzelnen Rechtsstreit verwickeln will. Ist aber diese Wahl getroffen und darauf hin der Rechtsstreit eröffnet, dann würde jede spätere Veränderung hinsichtlich eines der streitenden Theile eine mutatio libelli sein, welche regelmäßig unzulässig und nur ausnahmsweise vorzüglich dann gestattet ist, wenn sich dieselbe nicht vermeiden läßt, wie dies z. B. der Fall ist bei der successio in litem, sowie bei allen Interventionen, gegen deren Rechtsbestand nichts einzuwenden ist.

---

5) Glück, a. a. O., §. 200.

6) Cap. 22 X. de rescript. (1, 3); wegen der Widerklage: Cap. 1 X. de mut. petition. (2, 4). Cap. 1 X. de sequestr. (2, 17).

II. Die successio in litem geschieht wiederum in zwei Fällen: 1) wenn bei einer erhobenen dinglichen Klage der als Besitzer in Anspruch genommene Beklagte sich der Einrede der laudatio oder nominatio auctoris [1]) bedient, bei welcher bekanntlich der Civilbesitzer genannt werden muß, dem die Vertheidigung des Streitgegenstandes obliegt, und wenn darauf der Nominat seine Verbindlichkeit, der Sache sich anzunehmen, anerkennt. In Folge hiervon scheidet der ursprünglich Beklagte aus dem begonnenen Rechtsstreite aus, und der Nominat tritt an seine Stelle. Dieser Fall kann jedoch nur vor der litis contestatio stattfinden, weil durch sie jene dilatorische Einrede ausgeschlossen werden würde. — Weiter geht dagegen die successio in litem bei allen Klagen, wenn sie nicht durch jene Einrede, sondern dadurch veranlaßt wird, daß eine der bisherigen Parteien stirbt, oder daß das ihr in Ansehung des Rechtsstreits bisher zustehende Recht erlischt, oder erlaubterweise auf ein anderes Subject übergeht; z. B. wenn bei einem Rechtsstreite über Lasten oder Gerechtsame eines dem Nießbrauche einer Person unterworfenen Grundstücks das Nießbrauchsrecht erlischt. In den Fällen dieser Art von successio in litem wird eine Reassumtion [2]) des Processes sowol bei dem Ableben der ursprünglichen Partei dann verlangt, wenn die von der ursprünglich proceßführenden Partei ausgestellte Vollmacht nicht zugleich mit auf die Erben derselben gerichtet war, als unbedingt bei allen solchen Successionen, bei welchen der Singularsuccessor [3]) sich immer erst erklären muß,

---

1) L. 9 D. de rei vind (6, 1). L. 2 C. ubi in rem (3, 19). Cap. 5 X. ut lite non contest. (2, 6). Gönner, Handbuch, I, Abh. 16. Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, III, 399 fg. Gensler, daselbst, III, 421 fg.; IV, 179 fg. Linde, Abhandlungen, I, 125 fg. Schmid, Handbuch, I, 167 fg. Bayer, Vorträge, S. 150 fg.

2) Jüngster Reichsabschied, §. 99, 100. Deputationsabschied von 1600, §. 73. Schmid, a. a. O., II, 112 fg. Bayer, a. a. O., S. 154. Ueber Röm. Recht: Danz, Lehre von der Legitimation, §. 270, 271. Glück, Commentar, III, 286. v. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 161, 245 fg. v. Savigny, System, V, §. 230.

3) L. 2, 4 C. de litigios. (8, 37). Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 124, 146. Reichsabschied von 1566, §. 88. Gesterding, Irrthümer, S. 156 fg. Spangenberg, Archiv für civil. Praxis, IX, 406 fg. Schmid, a. a. O., S. 114 fg. Bayer, a. a. O., S. 153.

ob er den frühern Rechtsstreit fortsetzen wolle oder nicht. Zieht er das Letztere vor, so hat er die Kosten des bisherigen Verfahrens nicht zu tragen, kann sich aber natürlich die Vortheile nicht aneignen, welche durch den bisherigen Proceß erlangt sind, oder erlangt werden konnten. Erfolgt aber die Reassumtion des Processes, sei es aus eigenem Antriebe oder auf eine vorhergegangene Citation, so ist dieselbe an eine bestimmte Form nicht gebunden, ja sie kann sogar stillschweigend erfolgen, indem der Nachfolger den Proceß factisch fortführt. Weigert sich dagegen der Geladene, so ist nach Vernehmung aller dabei Interessirten über diese Zwischenfrage zu erkennen.

§. 303—305.

2) Theilnahme dritter Personen am Rechtsstreite.

A. Von der Intervention.

I. Die zweite Art von Veränderungen, welche nach erhobenem Processe in Ansehung der Parteien vorkommen kann, jedoch keine successio in litem, vielmehr eine Vermehrung der Zahl der streitenden Personen, wenn auch nicht der Parteien, enthält, setzt die fernere Theilnahme der bisherigen Parteien voraus, und ist in ihren Principien weniger einfach: es ist die Intervention [1]) in allen zulässigen Arten. Intervention nennt man nämlich den Vortrag, wodurch zuerst die neu hinzutretende Partei sich bei Gericht anmeldet und in den fremden Proceß einmischt. Geschieht eine solche Einmischung aus eigenem Antriebe ohne vorherige gerichtliche Aufforderung dazu, so nennt man sie interventio voluntaria, erfolgt sie dagegen auf eine

---

1) Geschichtlich von Interesse: Rob. Maranta, De ordine judic. (Leydener Ausgabe von 1557, S. 156), pars IV, distinct. b, no. 39. — Vergl. die im Compendium, Note a, Genannten. Gesterding, Nachforschungen, V, Abth. 1, S. 125 fg. Brauer im Archiv für civil. Praxis, XXIV, 423 fg. Planck, Mehrheit der Rechtsstr., §. 21; bes. S. 439 fg. Heffter, System, S. 604. Schmid, Handbuch, I, 150 fg. Bayer, Vorträge über Civilproceß (8. Aufl.), S. 129 fg.

vorausgegangene Litisdenunciation oder Adcitation, was nicht absolut nothwendig ist, heißt sie interventio necessaria; wiewol es auch hierbei keinen absoluten Zwang gibt, sondern höchstens einen hypothetischen.

II. Wichtiger als diese Eintheilung ist die Verschiedenheit der Interventionen, je nachdem sie principale oder accessorische sind. Denn an einem fremden Rechtsstreite theilzunehmen, kann Niemand erlaubt sein, der dafür hinreichende Rechtsgründe vorzubringen nicht vermag. Es muß also auf Seiten des Intervenienten ein besonderes rechtliches Interesse, in dieser Eigenschaft an dem Processe theilzunehmen, und kein blos politischer Grund vorhanden sein, weshalb er sich bei dem fremden Rechtsstreite betheiligen will. Dergleichen Rechtsgründe, welche die Intervention rechtfertigen können, sind aber deshalb selten, weil bekanntlich die doppelte Regel gilt, einmal daß res inter alios acta vel judicata dritten Personen weder nützt noch schadet, und dann, daß die Execution eines Anspruchs an sich die eines andern nicht hindert. Daher müssen Ausnahmen von diesen regelmäßigen Verhältnissen stets in Frage sein, wenn irgend eine Intervention zulässig sein soll. — Dergleichen Ausnahmen sind nun in Bezug 1) auf einen fremden Rechtsstreit leicht gefunden, weil es einestheils einem Dritten bisweilen allerdings schaden kann, sobald er von einem fremden Processe Kenntniß erhalten und sich dennoch der Sache nicht angenommen hat [2]), anderntheils wenigstens folgeweise ein Dritter bisweilen bei einem Processe interessirt ist, indem sein eigenes Recht von dem einer der Parteien abhängt [3]), oder indem neue Verbindlichkeiten für ihn daraus entstehen, wenn der Proceß von einer bestimmten Partei verloren wird, welcher er in Ansehung des Interesses haftet. In allen solchen Fällen will der Intervenient nur bewirken, daß diejenige Partei obsiege, welcher er wegen seines eigenen Rechts den Sieg gönnen muß. Diesen Zweck kann man allerdings schon durch Eingehen einer bloßen Streitgenossenschaft erreichen, weshalb denn diese Art von Intervention, falls sie einmal zugelassen ist, keinen neuen Rechts-

---

2) L. 63 D. de re judic. (42, 1). Vergl. §. 113, II., S. 557 fg.

3) L. 29, pr. D. de inoffic. testam. (5, 2). L. 4, §. 4, D. de appellat. (49, 1).

streit veranlaßt, sondern den alten in der damaligen Lage fortgesetzt; sie wird dann auch interventio accessoria genannt. — Anders verhält es sich 2) mit den Fällen der sogenannten Principalintervention[4]), denn diese beruht auf einer im einzelnen Fall vorhandenen Unvereinbarkeit der Rechte des Intervenienten mit denen der bisherigen Parteien, bald beider, bald wenigstens mit den Rechten des Klägers. In diesen Fällen behauptet der Intervenient ein völlig selbständiges Recht, welches unabhängig von dem ist, worüber die Parteien sich jetzt gestritten haben; aber ein solches Recht, welches ihm, dem Intervenienten, die Befugniß gibt, sich des Streitobjects ausschließlich oder wenigstens vorzugsweise vor dem bisherigen Kläger zuzueignen. Der Intervenient verlangt deshalb, daß vor Allem die Präjudicialfrage entschieden werde, wem das Vorzugsrecht hier zukomme, und sucht dabei gleichsam einen Arrest zu seinen Gunsten an dem Gegenstande des Rechtsstreits nach, damit ihm nicht durch den Erfolg des Processes der Streitgegenstand entzogen werden könne. Im Römischen Rechte kommt diese Art von Intervention, wenngleich einzelne Fälle derselben angeführt[5]) werden, weniger ausdrücklich vor, als im Deutschen Rechte, namentlich in den Landesgesetzen, worin auch die Principalintervention ganz unstreitig begründet ist.

III. Beide Gattungen der Intervention sind zwar durch das verschiedenartige Interesse der intervenirenden Personen schon genugsam charakterisirt, allein der Hauptunterschied liegt in der processualischen Behandlung und in den verschiedenen Folgen, welche von einer jeden derselben erzeugt werden. Denn die Principalintervention sistirt und suspendirt den ursprünglichen Proceß, wenigstens in Bezug auf die Hülfsvollstreckung; die accessorische dagegen setzt mit neuer Thätigkeit den alten Proceß fort. Die Principalintervention substituirt also einen neuen Rechtsstreit, während die accessorische den alten in seinem Gange

---

4) Anderer Meinung: Linde im Lehrbuch, §. 111; Abhandlungen aus dem Civilprocesse, II, Abh. 10; Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, V, 407 fg. Dagegen: Planck, a. a. O., S. 440 fg. Schmid, a. a. O., S. 151 fg. Bayer, a. a. O., S. 135 fg.

5) L. 34 D. solut. matr. (24, 3).

unverändert läßt. — An eine gemischte Intervention ist daher, in Rücksicht auf den Proceßgang, nicht zu denken, weil sistiren und fortsetzen einander widerstreiten, mithin beiderlei Arten des Verfahrens nicht wohl vereinigt werden können. Wenn gleichwol die Juristen [6]) sehr häufig eine dritte Gattung von Interventionen, die gemischte, annehmen, so sehen sie dabei weniger auf die Art des Verfahrens bei der Intervention, als auf die Veranlassung zum Interveniren, weil es in der That Rechtsverhältnisse gibt, welche zwar ein selbständiges Recht des Intervenienten begründen, diesen jedoch schon dann zu seinem Zwecke gelangen lassen, wenn nur eine der bisherigen Parteien, meistens der Beklagte, den Proceß gewinnt, z. B. das Recht des Vaters bei den Sponsalien seines Kindes zu dissentiren. In Fällen dieser Art hat nun der Intervenient, welcher ein solches Interesse anführen kann, in Ansehung der Behandlung der Sache die Wahl, ob er principiell oder accessorisch interveniren will [7]). Er wird die Wahl aber hauptsächlich nach der Rücksicht zu treffen haben, ob zur Zeit seiner Intervention die Gelegenheit zur Rechtsvertheidigung noch uneingeschränkt geboten war, denn alsdann genügt eine accessorische Intervention; oder ob zur Zeit der anzubringenden Intervention der ursprüngliche Proceß bereits in eine für ihn misliche Lage gekommen war, denn alsdann verdient die principale den Vorzug, weil durch sie ein neuer Rechtsstreit eröffnet wird.

IV. Der Proceßgang der zwei allein wahrhaft verschiedenen Arten der Interventionen, der principalen und accessorischen, hat aber noch folgende gemeinschaftliche Eigenthümlichkeiten. 1) Jede Intervention veranlaßt zunächst einen Incidentstreit über deren Zulässigkeit, und muß insoweit ohne Ausnahme bei dem Gericht angebracht werden, wo zur Zeit der Einmischung

---

6) Glück, Commentar, VI, 475. Gönner, Handbuch, I, Abh. 18, §. 9. Mittermaier, Archiv für civil. Praxis, II, 259 fg. Gensler, daselbst, IV, 157 fg. — Gegen die Annahme: v. Epplen in Martin u. Walch's Magazin für Proceß, I, 129 fg. Dazu Martin, daselbst, S. 148 fg. — Ueber die verschiedenen Meinungen: Schmid, a. a. O., S. 153 fg.

7) Planck, a. a. O., S. 469. Bayer, a. a. O., S. 140 fg.

die Hauptsache rechtshängig ist, damit eben dieses Gericht die Zulässigkeit der Intervention prüfe. Sollte daher die Hauptsache zu dem angegebenen Zeitpunkte in der Appellations- oder wol gar in letzter Instanz anhängig sein, dann gehört auch dahin das Anbringen der Intervention, damit dort jene Vorfrage entschieden werde. Dabei zeigt sich dann aber der Unterschied im Erfolge; denn die accessorische wird vom Obergericht hinsichtlich ihrer Zulässigkeit beurtheilt, so daß, wenn sie zugelassen wird, alle weitern Handlungen des Intervenienten nur dort denkbar sind, weil dieser als Streitgenosse den nämlichen Gerichtsstand anerkennen muß, welcher für die übrigen Streitgenossen competent ist. Bei einer Principalintervention dagegen würde die Rechtswohlthat der ersten Instanz verloren gehen, wenn diese Intervention darum gleich in höherer Instanz zu erörtern wäre, weil eben jetzt dort die Hauptsache liegt; dieser Umstand bleibt daher für den Intervenienten, weil er kein Streitgenosse werden will, sondern ein eigenes selbständiges Recht verfolgt, ohne alle Bedeutung. Es wird daher diese Art von Intervention zwar auch beim Obergericht eingereicht und von demselben insoweit geprüft, ob sie nicht offenbar unzulässig ist, und sobald das nur irgend Zweifel leidet, das Appellationsverfahren sistirt, die Sache selbst aber an das Untergericht zurückgeschickt, um über die Zulässigkeit der Intervention das erste Urtheil zu fällen, wie dies ja bei jedem neuen Rechtsstreit geschehen muß.

V. Bei beiden Interventionen ist 2) der Intervenient als der angreifende Theil insofern zu betrachten, als die Zulässigkeit der Intervention in Frage kommt. Denn auch bei der accessorischen braucht sich Niemand gegen seinen Willen einen Streitgenossen aufdringen zu lassen. Daher muß bei der Frage, ob eine Intervention zuzulassen sei, der bisherige Kläger so gut als der Beklagte gefragt werden. Sobald die Zulässigkeit bejaht worden ist, unterscheidet sich die accessorische wieder dadurch, daß der Intervenient immer nur eine der bisherigen Parteien zum Gegner behält und also vielleicht die Stelle des Angegriffenen von jetzt an übernimmt. Bei der Principalintervention dagegen bleibt der Intervenient immer Angreifer, entweder von beiden bisherigen Streittheilen, oder doch wenigstens von dem bisherigen Kläger. Denn bei einem Rechtsstreite,

worin diese Interventionsart vorkommt, sind drei Streitfragen zu erörtern: a. die ursprüngliche, ob der Kläger dem Beklagten gegenüber begründete Rechtsansprüche habe; b. die neue und zwar erste Streitfrage, ob der Principalintervenient an dem bisherigen Beklagten ebenfalls Ansprüche machen könne, weil ohne diese Voraussetzung alles rechtliche Interesse bei der Intervention wegfallen würde; dann endlich c. die ebenfalls neue, aber zweite Streitfrage, wem von den Beiden, dem ältern Kläger oder diesem Intervenienten, der Vorzug bei der Collision ihrer Ansprüche gebührt. — Im einzelnen Falle können nun zwar alle drei Fragen streitig sein, nothwendig ist dies jedoch nicht, insofern nur der bisherige Kläger nicht zurücktritt, weil, wenn dieser Fall einträte, der erste Proceß damit aufhören und folgeweise von einer Intervention als solcher nicht mehr die Rede sein, diese letztere vielmehr sich in einen einfachen Rechtsstreit auflösen würde. Dagegen würde die Anerkennung der Ansprüche des Intervenienten, welche von dem bisherigen Beklagten allein geschieht, die Fortdauer der Intervention nicht aufheben und deren Natur nicht ändern, weil der ursprüngliche Proceß dann fortdauert und selbst jene drei Fragen auch unter diesen Umständen streitig bleiben können, indem das Geständniß des Beklagten in Rücksicht auf die zweite Frage dem bisherigen Kläger nicht schaden könnte, da zwischen ihm und dem Intervenienten oft ja gar keine Collision vorhanden wäre, wenn nämlich dem Intervenienten an dem Beklagten überall keine Ansprüche zuständen, weshalb deren Existenz folgeweise auch gegen den bisherigen Kläger dargethan werden müßte. Daher kann der Intervenient vielleicht nur mit einer der bisherigen Parteien zu streiten haben, welches dann aber jederzeit der ursprüngliche Kläger sein muß. Man kann dagegen auch den Zweifel nicht erregen, daß dieser ursprüngliche Kläger oft nicht der rechte Beklagte sein würde, wenn man ihn allein in Anspruch nähme, z. B. weil er das Streitobject nicht besitzt, der Principalintervenient aber die Realklage anstellt, und diese wiederum doch nur gegen den Besitzer stattfindet. Vergißt man nämlich nicht, daß durch den pendenten Urproceß der bisherige Beklagte die Disposition über das Streitobject verloren hat, davon also nichts veräußern darf, solange sein Kläger nicht einwilligt, so folgt hieraus, daß während des Urprocesses der

anfängliche Kläger als Mitbesitzer des Streitobjects angesehen werden muß, soweit von Ansprüchen Dritter daran die Frage ist, und daß deshalb das Zugeständniß des Beklagten nicht hinreicht, um dem bisherigen Kläger in Ansehung seiner Ansprüche zu präjudiciren. Die Principalintervention wird daher gegen diesen, als fingirten Mitbesitzer, durchzuführen sein.

VI. Der letzte Zweck jeder Intervention ist 3) das eigene rechtliche Interesse des Intervenienten, welches derselbe am Hauptprocesse hat, geltend zu machen, damit es in dieser Hinsicht gerichtlich geschützt werde. Bei blos provisorischen Verfügungen als solchen, welche unbeschadet eines jeglichen Rechts getroffen werden, kann daher eine Intervention nicht nöthig sein. Man wendet dies mit Recht auf das possessorium summariissimum an, sobald dasselbe seine wahre Natur behält und nicht in den eigenthümlichen Besitzproceß ausartet (§. 259, V. 2, S. 344). Der speciellere Zweck der Intervention dagegen ist bei beiden Gattungen sehr verschieden, und nur bei Realklagen ist die Einheit des Objects des Rechtsstreits unbedingt nothwendig. — 4) Der Zeitpunkt, wo eine Intervention vorkommen kann, ist bei allen Rechtsstreitigkeiten nicht früher denkbar, als nach Anfang des Hauptprocesses; später dagegen kann er in den einzelnen Fällen außerordentlich variiren. Bei der accessorischen Intervention ist der äußerste Endpunkt der Zulässigkeit derselben die eingetretene Rechtskraft des Endurtheils in der Hauptsache, weil es nach dieser nichts mehr zu vertheidigen gibt, folglich auch alle Assistenz wegfällt, es müßten denn außerordentliche Rechtsmittel ergriffen werden. Die Principalintervention dagegen ist selbst in der Executionsinstanz zulässig, sobald nur die Hülfsvollstreckung dem Intervenienten einen Schaden zufügen könnte. — Endlich bestehen 5) die Wirkungen jeder Invention bei dem ersten Anbringen darin, daß die Hauptsache einigermaßen aufgehalten wird, aber nie ihr Ende durch dieselbe erreicht, vielmehr immer noch pendent bleibt. Selbst bei der zugelassenen Principalintervention muß im Endurtheile über dieselbe entweder der alte Rechtsstreit, welcher in Folge der Intervention bis dahin geruht hatte, von neuem angeregt oder erklärt werden, daß wegen des Erfolgs der Intervention der ursprüngliche Proceß

folgeweise erledigt sei. Die accessorische Intervention dagegen suspendirt die Hauptsache nur so lange, bis über die Zulässigkeit jener entschieden ist.

VII. Was nun das Interventionsverfahren betrifft, so ist bei der Hauptintervention als die wichtigste, wo nicht einzige Eigenheit, deren erste Einleitung zu betrachten. Denn der Interventionslibell ist nach Analogie eines Arrestlibell, worin zugleich die Hauptsache cumulirt ist, so einzurichten, daß in zwei Syllogismen 1) die Hauptklage des Intervenienten gegen den Beklagten vollständig vorgetragen wird, ohne des ältern Processes über denselben Gegenstand auch nur zu erwähnen; darauf aber alsdann 2) als separirter Anhang die Proceßgeschichte und Darstellung des Sachverhältnisses, welche die Prämissen für das Interesse des Intervenienten enthält, nebst einer etwa nöthigen Bescheinigung [8]) folgt. Hieran schließt sich die Ausführung des Interesses des Intervenienten, endlich die Proceßbitte, die Intervention zuzulassen, die Hauptsache aber, wenigstens rücksichtlich der Execution, so lange zu sistiren, bis über die Intervention rechtskräftig entschieden sei. — Das richterliche Decret hierauf kann die Intervention entweder, als anscheinend genügend begründet, zulassen und fordert dann nur die Vernehmlassung der Intervenienten über die Hauptforderung, mit ausdrücklicher Erklärung, daß der Hauptproceß sistirt werde. In den Einreden kann dessenungeachtet die Zulassung der Intervention angefochten werden, weil jenes Decret die Rechtskraft nicht beschreiten kann, vielmehr nach Analogie eines bedingten Mandats zu beurtheilen ist. Oder das richterliche Decret verwirft die Intervention, mag dies geschehen, weil die Klage nicht begründet und dann folgeweise ein Interesse für den Intervenienten nicht vorhanden ist, oder weil ein Interesse zu interveniren nicht begründet vorliegt, in welchem Falle dann der damit in Anspruch genommene Theil geladen wird, darauf wie auf eine separirte Klage zu antworten; oder endlich weil es zur Zeit noch an einer Bescheinigung des Interesses an der Inter-

---

8) Cap. 38 X. de testib. (2, 20). Phil. v. Bülow, Abhandlungen über einzelne Materien des Röm. Rechts, I, 306 fg.

vention fehlt. Alle weitern Handlungen haben nichts Eigenthümliches.

VIII. Bei einer accessorischen Intervention hingegen macht stets die Auseinandersetzung der Statthaftigkeit derselben den Eingang des ersten Vortrags des Intervenienten. Daher wird mit dem Vortrage der Proceßgeschichte und der Lage der Hauptsache zu beginnen, daran die Darstellung der Umstände zu knüpfen sein, woraus das Interesse des Intervenienten sich ergibt, unter Hinzufügung der sich etwa nöthig machenden Bescheinigung, dann aber die Auseinandersetzung der Begründung der Intervention, und endlich die Bitte, welche lediglich darauf gerichtet ist, die Intervention zuzulassen, folgen müssen. Unter der Voraussetzung der Gewähr dieser Bitte knüpft man daran ein Fristgesuch wegen des Vortrags der nach Lage der Hauptsache von der Partei, welcher man beistehen will, einzureichenden Erklärung, oder diesen Vortrag selbst. Vorsichtigerweise bescheinige man die Einwilligung der Hauptpartei zur Intervention. In dem von dem Gerichte darauf zu erlassenden Decrete verfügt dieses entweder alsbald die Zulassung oder Zurückweisung der Intervention, daneben aber im letztern Falle das nach Lage der Hauptsache Erforderliche. Sollte dagegen das Interesse nicht klar sein, so fordert das Gericht vorläufig nur darüber eine Erklärung von beiden Theilen und instruirt die Sache summarisch, entscheidet sie auch ergebenden Falls unter einstweiliger Aussetzung der Hauptsache.

§. 306 und 307.

B. Von der Adcitation und Litisdenunciation.

I. Sollte Derjenige, welcher berechtigt wäre zu interveniren, dieses aus eigenem Antriebe nicht thun, so entsteht die Frage, ob und durch welche gerichtliche Handlungen man ihn dazu veranlassen könne. Gewöhnlich gibt man die Antwort: durch zwei Arten gerichtlicher Aufforderungen (Ladungen) werde der unthätig verbleibende Dritte zum Interveniren veranlaßt, durch die Litis-

denunciation[1]), eine monitorische Ladung, und durch die Adcitation[2]) eine Art arctatorischer Ladung. Darüber, ob beide nur zur accessorischen, oder ob sie auch zur principalen Intervention die Veranlassung geben können, verbreiten sich die ältern Juristen selten bestimmter. Gleichwol ist es klar, daß in den Fällen der accessorischen Intervention, wo die rechtskräftige Entscheidung dem Dritten schaden kann, die Kenntniß[3]) von der Sachlage allein zwar hinreicht, um ihn zu verpflichten, nicht aber um ihn zwingen zu können, an dem Processe theilzunehmen; andererseits aber haben ausdrückliche Gesetze[4]) verordnet, daß da, wo die Partei sich den Regreß gegen jenen Dritten sichern will, die Litisdenunciation, jene monitorische Ladung, schon ausreiche. Soll daher die Adcitation, deren Namen nicht einmal im gemeinen Rechte vorkommt, stattfinden, so könnte das nur der Anlaß zu einer Principalintervention werden. Neuere Schriftsteller[5]) haben das zwar auch vielfach behauptet, irregeleitet von einer falschen Theorie über die Nothwendigkeit der Theilnahme aller möglichen Streitgenossen an einem Processe, bei welchem ein untheilbares Interesse für sie vorhanden ist, wenn dieser Proceß überhaupt Geltung haben solle (§. 34, V. u. VI., S. 221 fg.); allein da diese Nothwendigkeit nicht existirt, sondern durch ein Correalrecht, bezüglich eine Correalpflicht ersetzt wird, so cessirt die Adcitation ganz, außer in dem Falle, wo es gilt, eine Streitgenossenschaft aller Correalschuldner,

---

1) Außer den im Comp., §. 307, Note a, Genannten: Schmid, Handbuch, I, 159 fg., §. 64. Bayer, Vorträge über Civilproceß (8. Aufl.), S. 144 fg. Fuchs in Elvers' Archiv für praktische Rechtsw., II, 33 fg.; III, 1 fg.

2) Vergl. die im Comp., §. 308, Note a, Genannten und Schmid, a. a. O., I, 164 fg., §. 65. Brauer im Archiv für civil. Praxis, XXIII, 343 fg. Mittermaier, das., S. 363 fg. Brackenhöft, Erörterungen, S. 318 fg. Bayer, a. a. O., S. 142 fg.

3) L. 63 D. de re judic. (42, 1).

4) L. 10, §. 12, D. mandat. (17, 1). L. 1 i. f. C. de periculo (4, 48). L. 29, §. 2, D. de evict. (21, 2). L. 29, §. 3, D. de legat. III (32).

5) Danz, Ordentlicher Proceß, §. 40, 472. Gönner, a. a. O., I, 19, §. 15.

nicht aber eine Principalintervention zu veranlassen. Diesen einzigen speciellen Fall haben die Gesetze [6]), als sie das beneficium divisionis correorum debendi einführten, auf Seiten der Beklagten deshalb angeordnet, damit zugleich ersehen werden könne, ob alle zahlungsfähig seien. Es tritt jedoch dieser Fall auch nur dann ein, wenn alle Schuldner demselben Gerichtsstande untergeordnet sind, und selbst dann nur zu Gunsten des Klägers, damit ihm der Nutzen der Correalobligation durch das beneficium divisionis nicht allzu sehr geschmälert werde. Dagegen kann zu einer Adcitation der Fall einer laudatio auctoris keine Veranlassung geben, weil, indem der Nominans aus dem Rechtsstreite ausscheidet, eine Intervention also nicht entsteht, die Litiscontestation noch nicht erfolgt ist und der Proceß im Falle der Contumaz nicht fortgesetzt wird.

II. Die Litisdenunciation bleibt daher die einzige Veranlassung zu einer Intervention, wenn auch nur zu einer accessorischen. Wird sie aber unternommen, dann hat sie folgende eigenthümliche gerichtliche Verhandlungen zur Folge. Zunächst hat man sie weder als eine Klage noch als eine Einrede, sondern nur als eine Bekanntmachung zu betrachten, welche zwar auch unter gerichtlicher Assistenz vorgenommen werden kann, allein nicht nothwendig vorgenommen werden muß, indem es vollkommen gültig ist, wenn dieselbe nur außergerichtlich geschieht, und demnächst bei anzustellender Regreßklage entweder nicht geleugnet wird, daß sie geschehen sei, oder dies doch auf sonstige Weise genügend nachgewiesen werden kann. Die Gesetze haben für diese Notification keine bestimmte Form vorgeschrieben. Man unterscheidet daher die Litisdenunciation sehr leicht von der Klage auf Leistung einer Assistenz bei einem begonnenen Processe, welche in einem solchen Falle begründet sein konnte, wenn der Beistand ausdrücklich versprochen wurde [7]). Denn fehlt es hieran, so bleibt es der Willkür des Litisdenunciaten überlassen, ob er

---

6) Nov. 99, cap. 1, §. 1, 2. Gensler im Archiv für civil. Praxis, IV, 195 fg.

7) L. 74, §. 2, D. de evict. (21, 2). Heise u. Cropp, Juristische Abhandlungen, I, 225 fg., Abh. 14.

auf eigene Gefahr hin im Hauptprocesse Beistand leisten wolle oder nicht. Noch leichter unterscheidet sich die Litisdenunciation von der Klage auf Leistung der Eviction, weil diese zu der Zeit, wo die Litisdenunciation vorzunehmen ist, noch nicht begründet war; endlich aber nicht weniger leicht von der Einrede der auctoris laudatio, weil diese eine wahrhaft dilatorische Einrede ist, welche allein bei Realklagen gebraucht werden kann, während die Litisdenunciation häufig mit Nutzen bei persönlichen Verhältnissen angewendet wird, indem sie weder, wie jene, bei dem für die Hauptsache competenten Gerichtsstande noch vor der Litiscontestation nothwendig zu geschehen braucht.

III. Die Litisdenunciation geht nie dem Gegner in der Hauptsache etwas an, weil sie das Verhältniß der Hauptparteien zu einander nicht im Geringsten verändert und keinen Einfluß auf den Proceßgang hat, indem der Litisdenunciant nicht einmal dann vom Hauptprocesse befreit ist, wenngleich der Litisdenunciat demselben wirklich assistirt und bereit wäre, den ganzen Proceß zu übernehmen. Denn es ist dies deshalb unstatthaft, weil die Execution stets gegen den ursprünglich Beklagten vollzogen werden muß. Hieraus folgt dann, daß zwischen den Hauptparteien über die Frage ein Incidentstreit gar nicht zulässig ist, ob im einzelnen Falle von der Litisdenunciation Gebrauch gemacht werden könne. — Das Gericht aber, vor welchem im einzelnen Falle eine Litisdenunciation angebracht wird, handelt gleichfalls fehlerhaft, wenn es die Litisdenunciation dem Litisdenunciaten zur Beantwortung zufertigt, oder auch nur dessen Einreden, welche er der erhaltenen gerichtlichen Notification entgegensetzt, zuläßt; denn diese Notification kann ja noch keinen Rechtsstreit veranlassen, die etwaigen Einreden dagegen müssen vielmehr zu der künftig möglicherweise anzustellenden Regreßklage verwiesen werden. Deshalb darf man auf keine Weise einen Rechtsstreit über die Litisdenunciation gestatten.

IV. Da übrigens der Zweck einer Litisdenunciation nur darin besteht, für den Fall des Verlustes des Hauptprocesses dem Litisdenuncianten den Regreß gegen einen Dritten, den Litisdenunciaten, zu sichern, damit dieser dem erstern nicht vorwerfen könne, er habe bei Führung des Hauptprocesses etwas

versäumt, was er, um denselben zu gewinnen, würde benutzt haben, wenn er rechtzeitig von der Existenz des Processes Kenntniß erhalten hätte, so muß jede Litisdenunciation zeitig geschehen, mithin heutigentags früher als Präclusivtermine zur Rechtsvertheidigung für den Litisdenunciaten abgelaufen sind, denn später ist die Möglichkeit der Rechtsvertheidigung nicht mehr uneingeschränkt dargeboten. Das Römische Recht war in dieser Beziehung nachsichtiger, weil es keine Präclusivtermine für Einreden und Beweise kannte, deshalb stand nach demselben ein Bedenken nicht entgegen, selbst in der Appellationsinstanz die Litisdenunciation zuzulassen; heutigentags dagegen würde dies nur dann möglich sein, wenn die Appellation etwa eine proceßhindernde Einrede beträfe, also die Einlassung erst später zu erfolgen hätte, oder das beneficium novorum durch Landesgesetze nicht besonders eingeschränkt wäre.

V. Endlich ist an dieser Stelle der exceptio laudationis s. nominationis auctoris [8]) noch zu gedenken. Streng genommen ist sie als eine Zwischenhandlung nicht anzusehen, vielmehr nur die dilatorische Einrede, deren sich der mit einer Realklage belangte Naturalbesitzer dazu bedient, um aus dem Rechtsstreite ausscheiden zu können, indem er den rechten Civilbesitzer namhaft macht (§. 91, S. 478 fg.); sie muß jedoch ebenfalls vor der Litiscontestation geschehen, weil sie den Erfolg hat, daß der ursprüngliche Beklagte aus dem Processe ausscheidet. Indem auf diese Weise der Beklagte selbst sich für den unrechten erklärt, verliert er, wenn der benannte Autor schweigt, den Besitz des Streitgegenstandes zu Gunsten des Klägers, weil der Zweck dieser Einrede nur auf ein Losmachen vom Processe gerichtet ist.

---

8) Gönner, Handbuch, I, Abh. 16. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis, III, 399. Gensler, das., S. 421 fg.; IV, 179. v. Linde, Abhandlungen, I, 125 fg. Flach in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, XVII, 141 fg. Schmid, a. a. O., I, 168 fg., §. 66. Bayer, a. a. O., S. 150 fg. Siehe auch v. Langenn u. Kori, Praktische Erörterungen, I, 115 fg., Abh. 13.

§. 307[a].

3) Zwischenhandlung, um einer Partei das Armenrecht zu verschaffen.

Es genügt, auf das oben §. 10, III.—VI., S. 77, Vorgetragene und auf das Compendium zu verweisen.

§. 308—314.

III. Zwischenhandlungen in Ansehung des Verfahrens überhaupt.

1) Befristung; 2) Beschwerden über verzögerte Rechtspflege; 3) Sicherheitsleistungen; 4) Provisorien; 5) Actenredintegration.

I. (§. 308.) Da es den Parteien nicht immer möglich ist, innerhalb der von dem Gericht bestimmten Zeit den ihnen obliegenden Pflichten zu genügen, so machen sich nicht selten Gesuche um Verlegung, Prorogation von Terminen oder um Erstreckung von Fristen [1]) nöthig. Dergleichen Fristerstreckungen und bezüglich Terminsverlegungen werden entweder durch vertragsweise Uebereinkunft mit dem Gegner erlangt, oder auf ein rechtzeitig eingebrachtes Gesuch vom Richter stillschweigend bewilligt (§. 119, III., S. 569). Ein solches Gesuch muß nach Zweck und Dauer bestimmt und nicht ohne alle Begrenzung sein, es wird darin um stillschweigende Genehmigung der Vereinbarung, oder bei dem einseitig an den Richter gerichteten Gesuche um stillschweigende Bewilligung gebeten, um überflüssige Decrete zu vermeiden, und weil es unstatthaft ist zu bitten, daß erst von Insinuation des richterlichen Decrets auf das Gesuch die Frist laufen solle. In diesem Gesuche ist keinerlei Anerken-

1) Glück, Commentar, III, §. 265. Gensler, Archiv für civil. Praxis, IV, 195. Schmid, Handbuch, I, 295 fg. Bayer, Vorträge über Civilproceß (8. Aufl.), §. 148—153, S. 480 fg. — Ueber Röm. Recht vergl. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 230 fg.

nung der richterlichen Verfügung enthalten, auch vergibt sich die Partei dadurch noch nichts von ihren Rechten gegen das Decret. Regelmäßig sind, soweit es sich nicht von gesetzlichen [2]) Fristen, die keine Verlängerung zulassen, handelt, nur zwei [3]) solche Gesuche zur Verlängerung der nämlichen Frist zulässig, und muß beim zweiten Gesuche eine gehörige Bescheinigung der Gründe des Gesuchs oder eine eidliche Versicherung des Hindernisses hinzutreten [4]). Die gestattete Frist schützt gegen die Folgen des Ungehorsams und wird beiden Theilen gemeinsam.

II. (§. 309.) Die Beschwerden über widerrechtliche Unthätigkeit oder pflichtwidrige Langsamkeit [5]) eines Richters (§. 274, IV., S. 364) in einem Rechtsstreite gehören vor diejenige Staatsbehörde, welcher die Oberaufsicht auf die Rechtspflege zusteht, also, wenn der Unterrichter eine solche veranlaßt, vor den ihm vorgesetzten, mit der Disciplinaraufsicht betrauten Oberrichter, und bezüglich dieses vor das Staatsministerium, das Cabinet des Regenten (§. 9, VI., S. 63). Liegt jedoch eine Beschwerde über ausdrücklich versagte richterliche Thätigkeit vor, so wird diese weit eher zu den Extrajudicialappellationen gehören, da eine solche Verfügung nicht wohl ohne ausdrückliche Angabe der Gründe derselben erfolgt, als zu den im Aufsichtswege zu erledigenden Beschwerden. In jenem Falle wird die Beschwerde im geordneten Instanzengange zu erledigen sein, in diesem dagegen das im §. 309 angegebene Verfahren einzuhalten sein.

III. (§. 310—312.) Anlangend die Sicherheitsleistun-

---

2) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit 29, §. 2. — Die Verlängerung auch solcher Frist durch Vereinbarung der Parteien nimmt an: Schmid, a. a. O., S. 297 fg. Dagegen: Glück, a. a. O., §. 266. Klüber, Kleine juristische Bibliothek, V, 476 fg. v. Linde, Handbuch der Rechtsw., II, 34 fg.

3) Jüngster Reichsabschied, §. 103 (vergl. mit §. 38, 50).

4) Jüngster Reichsabschied, §. 38, 50. Glück, a. a. O., III, §. 268.

5) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 1, §. 2. Deputationsabschied von 1600, §. 27. Jüngster Reichsabschied, §. 109. Gönner, Handbuch, III, Abh. 62, §. 2—12. Schmid, a. a. O., I, 308. Bayer, a. a. O., S. 281 fg.

gen[6]) im Processe, so hat schon nach Römischem Rechte ohne Unterschied jeder Kläger als solcher Caution zu leisten:

1) wegen der Unkosten[7]), und zwar ohne Begehren des Gegentheils alsbald im Libell durch Bürgen oder subsidiarisch durch Eid, jedoch auf eine bestimmte Summe, den zehnten Theil des Streitobjects; heutigentags dagegen wird ihm nach landesgesetzlichen Bestimmungen oder gültigem Gewohnheitsrechte gestattet die Art der Sicherheitsleistung selbst zu wählen, wogegen der Richter nur die Höhe der Summe bestimmt;

2) wegen Fortsetzung des Rechtsstreits[8]); diese Sicherheitsleistung soll heutigentags[9]) jedoch nur eintreten, wenn in Folge eines Ungehorsams des Klägers der Beklagte von der Instanz entbunden worden war, und der Kläger später den Rechtsstreit wieder aufnehmen will;

3) wegen der Widerklage[10]); diese ist nach den von der Caution des Beklagten geltenden Principien zu beurtheilen, da der Kläger nicht als solcher, sondern als Widerbeklagter diese Caution leistet.

Der Beklagte dagegen leistet als solcher nach Römischem Rechte 1) eine Caution, daß er sich dem Gerichte stellen

---

6) Die im Comp., Note a, Genannten; Schmid, a. a. O., I, 211 fg., besonders Schlayer in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß (Neue Folge), IX, 1—32, 187—271, 281—309. Bayer, a. a. O., § 31—36, S. 92—115, und über Röm. Recht: Zimmern, Röm. Civilproceß, §. 112. Keller, Röm. Civilproceß, S. 207 fg., 240 fg.

7) Nov. 112, cap. 2 (vergl. mit Nov. 53, cap. 1; Nov. 96, cap. 1). Peinliche Gerichtsordnung, Art. 207. Von Ausländern, siehe Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 3, Tit. 49, §. 3. Glück, a. a. O., S. 439, 446. Schlayer, a. a. O., S. 267 fg. Bayer, a. a. O., S. 98. — Auch wenn er durch eine provoc. ad agend. zur Klagerhebung veranlaßt wurde: Heise u. Cropp, Juristische Abhandlungen, I, 314 fg. — Ob eine arme Partei Caution zu leisten habe, Jüngster Reichsabschied, §. 124. v. Linde im Archiv für civil. Praxis, XVI, 76.

8) Nov. 112, cap. 2 (vergl. mit Nov. 53, cap. 1). — Schlayer, a. a. O., S. 268 fg.

9) Cap. 1 de dolo in VI^to (2, 6). Bayer, a. a. O., S. 100.

10) Oesterley, Ueber die Caution für die Widerklage, 1806. v. Linde, Abhandlungen aus dem Civilprocesse, II, Nr. 9. Bayer, a. a. O., S. 101.

(cautionem de judicio sisti)[11]), und namentlich, daß er bis zum Ende des Processes ausharren werde; sie erfolgte eidlich, oder je nach den verschiedenen Standesverhältnissen durch eine einfache promissio. Heutzutage ist dieselbe nicht in Uebung, wenn nicht etwa der Beklagte der Flucht verdächtig oder eine freiwillige Prorogation des Gerichtsstandes vorgekommen ist. Das hat aber seinen Grund darin, daß, während das Römische Recht die Privatcitation als Regel voraussetzt, und bei dieser die Caution dazu dient, die Schwierigkeiten, den Beklagten vor Gericht zu bringen, zu heben, heutzutage an deren Stelle die gerichtliche Citation tritt, welche jene Caution, als auf einer abweichenden Staatsverfassung beruhend, überflüssig macht. — Deshalb ist denn auch die vom Kläger der Widerklage halber zu bestellende Caution nur als eine vom Beklagten bestellte zu betrachten und nach den hierfür geltenden allgemeinen Regeln zu beurtheilen. Sie ist eben nur die cautio de judicio sisti, welche er nach Römischem Rechte als Beklagter stets machen müßte, heutzutage aber nur aus dem besondern Grunde ihre Rechtfertigung erhält, wenn der Kläger ein auswärtiger ist, die Widerklage mithin zugleich eine Prorogation des Gerichtsstandes zur Folge hat. Zwar will man[12]) selbst dann diese Caution als überflüssig achten, wenn beide Processe zu gleicher Zeit behandelt werden, weil nach Römischem Rechte diese Caution nur eine juratorische war, an deren Stelle die geklagte Hauptforderung genügende Sicherheit bieten soll; allein das ist jedenfalls unzureichend, wenn in dem ersten Processe Alles geleugnet wird. Die Praxis hält gleichwol jenen Satz aufrecht. — Der Beklagte leistet ferner 2) eine Caution judicatum solvi[13])

---

11) §. 2 J. de satisdat. (4, 11) — satisdationem — dare compellitur pro sua tantum persona, quod in judicio permaneat usque ad terminum litis, vel committitur suae promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant. Ueber Röm. Recht: Heffter, Institutionen des Civilprocesses, S. 177 fg. Schlayer, a. a. O., S. 12 fg. Keller, Röm. Civilproceß, S. 201 fg. — Sonst Glück, Commentar, III, §. 245, II. Schlayer, a. a. O., S. 227 fg. Bayer, a. a. O., S. 93 fg.

12) Glück, a. a. O., §. 245. Bayer, a. a. O., S. 101.

13) Ueber das Röm. Recht: Tit. tot. D. judicat. solvi (46, 7). Gajus, Institutiones, IV, §. 89, 104. Puchta, Institutionen, II, 60. Keller,

statt eines zu suchenden Arrestes in allen Fällen, wo dieser begründet sein würde. Auch diese Caution kommt vorzüglich bei der Widerklage vor, in welchem Falle sie natürlich der Kläger leistet und ist lediglich auf die Folgen der deutschen summarischen Processe gegründet. Dabei wird vorausgesetzt, daß die Kläger nach der Eigenthümlichkeit der einzelnen summarischen Proceßart provisorisch zum Genusse seiner Forderungen unter Vorbehalt der gesonderten Ausführung der Ansprüche des Beklagten gelangt. Denn in diesem Falle fordert der Beklagte die Caution der Widerklage halber, nicht als eine cautio de judicio sisti, sondern judicatum solvi, oder deponirt nur seine Schuld, weil das Provisorium auch den Beklagten sichern muß. — Der Beklagte ist aber als Widerkläger ebenfalls verpflichtet, der Unkosten wegen Caution zu stellen. — Bei allen Proceßcautionen, welche nicht juratorisch, sondern durch Bürgschaftsleistung gestellt werden, soll nach Römischem Rechte der Besitz von Immobilien davon befreien [14]), doch muß der Grundbesitz noch die Möglichkeit der Bestellung einer Hypothek bieten und nicht allzu sehr belastet sein; die Praxis dagegen geht von andern Grundsätzen aus, indem sie von einer Cautionsleistung nur dann absieht, wenn der Cautionsleistende in dem Lande, wo er den Proceß führt, auch mit Grundbesitz angesessen ist.

IV. (§. 313.) Um zu verhüten, daß durch den mit der Verhandlung eines Rechtsstreits unvermeidlich verbundenen Zeitverlust weder der Genuß [15]) des Sieges unmöglich gemacht,

---

Röm. Civilproceß, S. 240 fg. Schmid, a. a. O., S. 213 fg. Schlayer, a. a. O., S. 240 fg. Bayer, a. a. O., S. 95 fg.

14) L. 15 D. qui satisdare cogantur (2, 8), namentlich §. 7. L. 7 i. f. D. ut legat. (36, 3). L. 28, §. 3, C. de administr. tut. (5, 37). Glück, a. a. O., §. 248. Schlayer, a. a. O., S. 208. — Der Fiscus und die Gemeinden leisten Caution durch Versprechen, L. 1, §. 18; 6, §. 1, D. ut legat. servand. (36, 3); ebenso nach Röm. Rechte viri illustres, kaiserliche Beamte hohen Ranges: L. 4, §. 1, C. de sport. (3, 2). L. 17 C. de dignitat. (12, 1). Glück, a. a. O., §. 247. — Vergl. Bayer, a. a. O., S. 109 fg.

15) L. 21, §. 3, D. de appell. (49, 1). L. 5 C. quor. appell. (7, 65). L. 7, §. 2, D. qui satisdare cog. (2, 8). Tit. tot. X. de sequestr. (2, 17). Peinliche Gerichtsordnung, Art. 210. Pfeiffer, Praktische Ausführungen, I, 297 fg.

noch auch bedeutend erschwert werde, auch daß die öffentliche Ruhe [16]) in Bezug auf ihn nicht leide, macht sich nicht selten ein Incidentverfahren und demnächst eine provisorische [17]) richterliche Verfügung nöthig, durch welche vorläufig und bis zur Entscheidung in der Hauptsache, bezüglich während des Laufes derselben, zum Vortheile des einen oder andern der streitenden Theile eine Anordnung getroffen wird, bei welcher dessen Ansprüche am Streitobjecte als gegründet einstweilen angesehen werden, ohne dadurch der Hauptstreitfrage irgendwie zu präjudiciren. Hierher gehören namentlich Schutz im jüngsten Besitz, Einweisung in die Güter ex edicto Carboniano und ventris nomine, Sequestrationen, Arreste, Vorschuß von Alimenten und Proceßkosten, interimistische Verwaltung bei einem Abwesenden u. s. w. Ist in einem einzelnen Falle eine begründete Besorgniß in der einen oder andern Beziehung wirklich vorhanden und bescheinigt [18]), so erfolgt auf Verlangen der dabei interessirten Partei, oder, wo es darauf ankommt die öffentliche Ruhe zu sichern, auch unaufgefordert nach summarischer Verhandlung dieses Punktes eine richterliche Verfügung (decretum interimisticum s. provisorium), durch welche ohne Präjudiz für die Hauptsache und nur bis zur rechtskräftigen endlichen Entscheidung derselben veranstaltet wird, daß auf eine beiden Parteien soviel als möglich gleich unschädliche und auf die gelindeste Art obige Zwecke erreicht werden. Die Provisorien aber, welche eine Polizeimaßregel, und die, welche nur das Privatinteresse der einen Partei bezwecken, unterscheiden sich dadurch von einander, daß die Bescheinigung des concreten Daseins der erforderlichen Gefahr bei jenen schwächer sein kann als bei diesen, weil sie bei den erstern von Amtswegen nach Analogie des Inquisitionsverfahrens erhöht wird, was bei den letztern natürlich wegfällt.

---

16) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 21, §. 3. Gönner, Handbuch, II, Abh. 26, §. 37.

17) Claproth, Ordentlicher Proceß, Th. 2, §. 118^{k}, S. 70. Gönner, Handbuch, IV, Abh. 79. Puchta in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, V, 107 fg. Schmid, a. a. O., III, 117 fg.

18) Gönner, a. a. O., IV, Abh. 79, §. 14, 16. Brauer, Archiv für civil. Praxis, XXV, 322 fg.

Im letztern Falle gelten daher die allgemeinen Regeln vom Beweise, weshalb denn auch weder unbeschworene Zeugenaussagen, noch vom Antragsteller zu seinen Gunsten ausgestellte Urkunden genügen. Da es sich jedoch nur um ein Provisorium handelt, darf man keinen so starken und vollständigen Beweis fordern, wie bei Definitivurtheilen, muß sich vielmehr mit desto schwächerer Wahrscheinlichkeit begnügen, je dringender die Gefahr ist und je weniger der Gegner durch das Provisorium leidet, weil sonst der Zweck eines solchen unerreichbar sein würde. In der gerichtlichen Verfügung wird dann zugleich ein Termin festgesetzt, in welchem eine bessere Bescheinigung herbeigebracht oder das sonst Nöthige nachgeholt werden muß, z. B. durch Production des Originals einer beglaubigten Abschrift. — Ueber die Art und Weise des Provisoriums müssen beide Parteien, ebenso wie darüber, ob ein Provisorium zu erlassen sei, allerdings gehört werden; doch braucht das nicht immer vorher zu geschehen, ehe das Gericht, um die drohende Gefahr vorläufig zu beseitigen, Maßregeln ergreift. Diese Maßregeln sind aber eben daher nicht unwiderruflich und werden deshalb auch nicht rechtskräftig, sondern können bei veränderter Proceßlage zu jeder Zeit zurückgenommen oder modificirt werden. Aus eben diesem Grunde sind eigentliche Appellationen dagegen unstatthaft und nur Extrajudicialberufungen ohne Suspensiveffect zulässig. Die Provisorien begründen aber nicht blos einen Incidentstreit, sondern auch neue eigene Processe, so z. B. ein vor Beginn der Hauptsache gesuchter Arrest.

V. (§. 314.) Die Redintegration[19]) der über einen Rechtsstreit geführten Gerichtsacten findet statt, wenn diese auf die eine oder andere Weise verloren gegangen oder vernichtet worden sind. Das Gericht fordert dann, wenn der Rechtsstreit noch unbeendigt ist, auch von Amtswegen beide Theile zur Einreichung der Manualacten (§. 73, S. 425) auf, und läßt von den einzelnen Schriften und Decreten Abschriften fertigen, die dann beglaubigt und den Parteien in einem Termine, zu welchem sie,

---

19) Reichskammergerichtsordnung von 1555, Th. 2, Tit. 31, §. 4. Claproth, Ordentlicher Proceß, I, 139, §. 50. Bayer, a. a. O., S. 460.

um Ausstellungen gegen deren Vollständigung und Richtigkeit zu machen, vorgeladen werden, vollkommen mitgetheilt werden. Die Kosten des Verfahrens und der Wiederherstellung fallen dem Gerichte nur dann zur Last, wenn es den Verlust verschuldet hat.

§. 315—317.

IV. Zwischenhandlungen, welche sich nur auf die Beweisführung beziehen.

I. Zwischenhandlungen, welche sich auf die Beweisführung beziehen und daher eine außerordentliche Beweisführung enthalten, sind in drei Fällen zulässig: 1) wenn Gefahr vorhanden ist, daß das Beweismittel verloren gehe oder unbrauchbar werde (probatio in perpetuam rei memoriam); 2) wenn, ohne daß dies der Fall wäre, die Partei den Beweis früher antritt, als sie dazu verpflichtet war (probatio anticipata); oder endlich 3), wenn nach beendigtem Beweisverfahren eine Beweisführung zur Widerlegung des Erwiesenen unternommen wird. — Was die erstere dieser Gattungen, die Beweisführung zu ewigem Gedächtniß [1]), betrifft, so ist sie bei allen Beweismitteln zulässig, wobei Furcht eintritt, sie später als solche nicht mehr brauchen zu können, also namentlich bei Urkunden, Zeugen, ja sogar bei Besichtigungen. Sie ist jederzeit, sowol während des Processes als auch vor dem Beginne desselben, sogar während des bereits eingeleiteten Beweisverfahrens, zulässig, sobald nur Gefahr vorhanden ist, daß das Beweismittel verloren gehe oder unbrauchbar werde und dies bescheinigt wird. Eine derartige Beweisantretung erfolgt vor dem in der Hauptsache competenten Gerichte, welches eine causae cognitio vornimmt, sie dem Gegen-

---

1) Cap. 5 X. ut lite non contest. (2, 6). Cap. 41 X. de test. (2, 20). Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 28, 83, 125. Gesterding, Ausbeute, II, 329 fg. Linde, Abhandlungen, II, Abh. 6. Wirsing, Ueber den Beweis zum ewigen Gedächtniß (Würzburg 1845). Schmid, Handbuch, II, 158 fg. Bayer, Vortr. über Civilproceß (8. Aufl.), S. 778 fg.

theile mittheilt, jedoch Einreden, welche nur gegen die Person der Zeugen gerichtet sind, keine Berücksichtigung zu Theil werden läßt. Wohnen die Zeugen nicht im Bezirke des für die Hauptsache zuständigen Gerichts, so hat dieses das für dieselben competente Gericht zu requiriren. Appellationen gegen die Zulässigkeit dieser Beweisführung haben, als extrajudicielle, keinen Suspensiveffect. Eine solche Beweisführung bildet keinen förmlichen Antritt des Beweises, sondern bietet nur die Möglichkeit, sich demnächst im Beweisverfahren eines solchen Beweismittels bedienen zu können, wenn es dann die Partei für zweckmäßig hält und gehörig anführt. Daher ist das Fatale der Beweisfrist auch später genau zu beobachten, dabei aber auf das Recht begründet, auf jene Beweisführung völlig zu verzichten. Nach Kanonischem Rechte [2]) soll der Kläger, welcher sich einer solchen Beweisführung bedient, innerhalb eines Jahres, sobald actio nata, klagen. — Was dagegen den anticipirten [3]) Beweis betrifft, so erklären sich dessen Eigenheiten lediglich aus dem Mangel einer Beweisfrist; denn in den Folgen der Beweisantretung und der Production und in der Art des Verfahrens ist kein Unterschied zwischen diesem und dem auferlegten Beweise. Eine bessere Beweisführung ist daher immer noch zulässig, ein nothwendiger Eid aber findet dabei zur Vervollständigung des Resultats desselben nicht statt, auch ist in dem Antritte eines solches Beweises kein Verzicht auf die Beweisführung des Gegners enthalten. — Da nun beide Theile ein gleiches Recht auch auf die Anticipation des Beweises haben, so kann man aus dem freiwilligen Antritte desselben nicht darauf schließen, ob die Partei dadurch den Gegenbeweis oder den eigentlichen Beweis habe antreten wollen; mithin ändert ein solcher Schritt die Beweislast, welche ohnehin den Parteien selten bekannt ist, nicht. Beim Beweise zum ewigen Gedächtniß ist aber der wichtigste Gesichtspunkt, daß man sich dadurch nur die Möglichkeit erhalten will, demnächst, zur gehörigen Zeit, etwa nicht mehr vorhandene Beweismittel zu gebrauchen. Es

---

2) Cap. 5 X. ut lite non contest. (2, 6).

3) Gönner, Handbuch, II, Abh. 40. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis, I, 120 fg., 181 fg. Linde, a. a. O., Abh. 7. Schmid, a. a. O., S. 154 fg. Bayer, a. a. O., S. 755 fg.

liegt daher darin keine Beweisantretung, und steht der Partei das Recht zu, einseitig darauf zu verzichten.

II. Eine andere Vorbereitung zur Beweisführung bilden die Editionsgesuche [4]) der Parteien unter einander, denn nur diese sind mit der Hauptsache materiell connex und als Zwischenhandlungen hier zu erörtern. Im Allgemeinen hat die Verpflichtung zur Edition einer Urkunde, womit eine Partei Beweis führen will, dann keinen Anstand weder gegenüber dem Proceßgegner, noch einem Dritten, wenn Rechtsgründe vorhanden sind, welche das Document selbst betreffen. Zu diesen allgemeinen Gründen gehören: das Eigenthum am Stoff [5]) zur Urkunde, die Gemeinschaftlichkeit der Urkunde selbst, mag diese auf die Materie [6]), oder auf den Inhalt [7]) sich beziehen, indem die Urkunde zu dem Zwecke verfertigt ist, ein gemeinsames Rechtsverhältniß oder Rechtsgeschäft zwischen den die Edition Fordernden und dem Inhaber der Urkunde ins Licht zu setzen. Jedem solchen Theilnehmer am Geschäfte sind daher Quittungen, Briefe, welche zur Eingehung eines Contracts zwischen ihnen geschrieben wurden, u. dgl. mehr, zu ediren. Fehlen aber solche auf das Document selbst gerichtete Ansprüche, und wird die Edition gegen einen Dritten, der nicht selbst Partei im vorliegenden Processe ist, gesucht, so ist zu unterscheiden, ob dieser Dritte eine öffentliche Behörde, oder ein Dritter Privatmann ist. Denn erstere müssen jedem Interessenten die Gerichtsacten [8]),

---

4) Glück, Commentar, XXII, 108 fg., §. 1171 fg. Schneider, Vom rechtlichen Beweise, §. 281 fg. Bopp in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, V, 140 fg. Mittermaier, Ueber die Gründe der Verpflicht. zur Edition von Urkunden, 1835. Schmid, a. a. O., II, 279 fg., §. 146 fg. Bayer, a. a. O., S. 955 fg.

5) §. 33 J. de rer. divis. (2, 1). L. 65, pr. D. de acquir. rer. domin. (41, 1).

6) L. 4, §. 3; L. 8, pr. D. fam. hercisc. (10, 2). Cap. 12 X. de fide instrum. (2, 22).

7) Ueber den Begriff „gemeinschaftliche" Urkunden: v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, I, 99; IV, 254; VI, 231; VIII, 204. Mittermaier, a. a. O., S. 26. v. Blattner, Ueber Edition gemeinsamer Urkunden, §. 18. Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, I, 220. Bayer, a. a. O., S. 958 fg.

8) L. 2 C. de edendo (2, 1). Cap. 11 X. de probat. (2, 19). Mit-

Handelsbücher u. s. w. ediren, sobald nur dem Fiscus Caution [9]) geleistet wird, daß man nicht wider ihn selbst die edirten Urkunden gebrauchen wolle. Bei dritten Privatpersonen ist dagegen die Zwangspflicht desto zweifelhafter, weil die einschlagende Stelle des Römischen Rechts [10]) nicht glossirt und der Schluß von der Pflicht jedes Bürgers, Zeuge zu werden, nicht ganz bündig [11]) ist, indem jedenfalls soviel gewiß ist, daß der Zeuge in seiner Aussage eher das, was ihm nachtheilig sein würde, trennen kann, als dies bei einer Urkunde der Fall ist. Im ordentlichen Processe ist daher dieses Begehren um so mehr als ein neuer getrennter, nicht einmal connexer Rechtsstreit zu behandeln.

III. Wird aber ohne Ansprüche auf das Document selbst von dem Gegner im vorliegenden Processe, bei welchem die zu edirende Urkunde benutzt werden soll, eine solche Edition aus Billigkeitsrücksichten begehrt, so ist, wenn der Begehrende der Fiscus ist, in einer Civilsache die Edition nicht zu verweigern [12]), wogegen der Kirche und andern dergleichen juristischen Personen dieselben Rechte nicht zustehen. Ist dagegen der Begehrende ein Privatmann, so ist wohl zu unterscheiden, ob der Angegriffene zum directen Gegenbeweis die Edition fordert, oder ob der Angreifende diese begehrt. Ersterm muß der Kläger [13]) die zu seiner Vertheidigung nöthigen und dienlichen Urkunden, welche er besitzt, ediren, wogegen der Angreifende sich eines gleichen Rechts nicht erfreut. Dabei ist jedoch nicht zu vergessen, daß der Be=

---

termaier, a. a. O., S. 37. v. Arnold, Praktische Erörterungen aus dem Rechtsgebiete, Heft I, S. 1—90, bes. §. 12—20.

9) L. 45, §. 6, D. de jure fisci (49, 14). v. Bülow u. Hagemann, Praktische Erörterungen, I, Erört. 14; VII, Erört. 44.

10) L. 22 C. de fide instrum. (22, 4).

11) v. Almendingen in Grolmann's Magazin für Philosophie des Rechts, I, 339 fg. Bayer, a. a. O., S. 956. Mittermaier, a. a. O., S. 43 fg. Anderer Meinung: Schmid, a. a. O., S. 283, Note 20.

12) L. 2, §. 1, 2, D. de jure fisci (49, 14). Strube, Rechtliche Bedenken, V, Bed. 96.

13) L. 5, 6, 8 C. de edendo (2, 1). Glück, a. a. O., S. 108. Schmid, a. a. O., S. 281, Note 13. Mit Einschränkung: Bayer, a. a. O., S. 964 fg.

klagte durch die Einreden zum Angreifenden wird [14]), und ihm daher die Editionspflicht dann ebenso obliegt, wie umgekehrt dem Kläger.

IV. Hinsichtlich des Verfahrens [15]), welches in Folge eines Editionsgesuchs zu beobachten ist, mag es genügen, auf das Lehrbuch zu verweisen, und nur noch erwähnt werden, daß zur Bescheinigung [16]) des Besitzes der Urkunde das Deferiren des Editionseides dient, daß es ferner räthlich ist, in dem Gesuche das Erforderliche in Hinsicht der Connexität mit der Hauptsache vorzutragen, weil sonst der Antrag zu besonderer Verhandlung zu verweisen ist, und daß, da das ganze Verfahren als ein präparatorisches summarisch ist, das richterliche Decret darauf dem bedingten Mandate entspricht, in Sachsen aber eine Ladung zu summarischer Verhandlung ausfließt. — Was nun das Benehmen des Beklagten betrifft, so edirt er entweder oder verweigert die Edition. Im ersten Falle muß er das Original, und dieses vollständig, ediren; es bleibt ihm jedoch unbenommen, die Capitel, welche dem Gegner nichts angehen, zu versiegeln, die Kosten des Verfahrens aber trägt der Gegner. Auch kann sich der Beklagte, von der Pflicht zu ediren, durch Anerkennung der ihm vorgelegten Abschrift nicht ohne Weiteres befreien, namentlich dann nicht, wenn das fragliche Document vindicirt wird, weil er es dann herausgeben, nicht aber behalten soll; außerdem genügt dies aber, wenn der Gegner damit nicht einverstanden ist, deshalb nicht, weil dieser ein Recht darauf hat, das Original zu sehen. Verweigert dagegen der Beklagte die Edition, und zwar weil er den Besitz der Urkunde leugnet, dann muß er den Editionseid schwören oder, soweit dies zulässig, sein Gewissen mit Beweis vertreten; zurückgeben kann er diesen Eid nicht, wohl aber steht ihm das Recht zu, einen Gefährdeeid zu for-

---

14) Arg. L. 1 D. de except. (44, 1).

15) Glück, a. a. O., §. 1172. Schmid, a. a. O., S. 284 fg. Bayer, a. a. O., S. 966 fg. Beispiele: Bergmann, Beiträge zur Einleitung in die Praxis (2. Aufl.), S. 186 fg.

16) Anderer Meinung: Bopp, a. a. O., VII, 206 fg. Bayer, a. a. O., S. 967.

dern, weil der Editionseid keine von den übrigen abweichende [17]) Eidesart ist. Verweigert jedoch der Beklagte die Edition, weil er die Pflicht dazu bestreitet, so ist darüber summarisch zu cognosciren und zu entscheiden, unbeschadet aller zulässigen Rechtsmittel. — Die Execution gegen einen ungehorsamen verurtheilten Beklagten besteht in der poena editi, falls man den Inhalt des zu edirenden Documents kennt oder dessen Abschrift besitzt, d. h. es wird der vom Gegner behauptete Inhalt der Urkunde für den richtigen, bezüglich die vorgelegte Abschrift für das Original angesehen, sonst in der Gewähr des vollständigen Interesses, welches vermittelst des Schätzungseides festgestellt [18]) wird.

§. 319 und 320.

V. Zwischenhandlungen, welche eine außerordentliche Beendigung eines Rechtsstreits betreffen.

I. Außerordentlich heißt die Beendigung [1]) eines Rechtsstreits, welche ohne vorgängiges richterliches Urtheil geschieht. Dahin gehört 1) die Beilegung durch Vergleich [2]). Der Richter ist in jeder Lage [3]) des Rechtsstreits berechtigt, diese zu versuchen; den besten Erfolg aber wird dieser Versuch haben, sobald der Richter die Streitfrage zwischen den Parteien kennt, was nach der Einlassung jedenfalls der Fall sein wird, und wenn, falls

---

17) Glück, a. a. O., S. 124. v. Grolmann, Theorie, S. 326. Bayer, a. a. O., S. 968. Anderer Meinung: Goldschmidt, Abhandlungen aus dem Civilproceß, S. 87 fg. Schmid, a. a. O., Note 14.

18) L. 6, §. 4; L. 8, pr. §. 1, D. de edendo (2, 13). L. 2, §. 1; L. 10 D. de in lit. jurando (12, 3). Glück, a. a. O., §. 1170. Schmid, a. a. O., Note 28.

1) Gesterding, Irrthümer, S. 152 fg. Schmid, Handbuch, II, 104 fg.

2) L. 10, 20 C. de transact. (2, 4). Cap. 11 X. de transact. (1, 36). Puchta, Archiv für civil. Praxis, XIX, Abh. 8, 15. Risch, Lehre vom Vergleiche (Erlangen 1855).

3) Jüngster Reichsabschied, §. 110.

die Parteien nicht zu entfernt wohnen, diese persönlich [4]) mit vorgeladen werden. Im Termine zu den Vergleichsverhandlungen fordert der Richter zunächst die Parteien auf, Vergleichsvorschläge vorzubringen, und trägt die seinigen erst vor, wenn die Parteien keine haben. Ueber den Vergleich ist dann ein gehöriges Protokoll aufzunehmen, und falls Herauszahlungen von der einen oder andern Seite bedungen werden, die Executionsclausel nicht zu vergessen, so daß der Schuldige sich ohne vorherige Klage und anderweites Erkenntniß im Nichtzahlungsfalle sofortiger Hülfsvollstreckung unterwirft.

II. Außer durch Vergleich wird ein Rechtsstreit außerordentlicherweise beendigt: 2) durch Verzichtleistung [5]), welche regelmäßig [6]) für den Verzichtenden die Folgen eines verlorenen Processes herbeiführt; 3) durch Verjährung von 40 Jahren [7]), nach Römischem Rechte auch von 3 Jahren, wenn nach der Litiscontestation der Rechtsstreit nicht fortgesetzt wird [8]); 4) durch Zufall, mag dieser nun bei dinglichen oder in rem scriptae actiones im Untergange oder im Verluste des Besitzes der Sache bestehen [9]); nur Servitutenklagen werden hiervon nicht berührt; oder die Folge des frühern Sieges eines Dritten sein, wie

---

4) Cap. 1 de judic. in VI^to (2, 1). v. Bülow u. Hagemann, Erörterungen, II, S. 250; IV, Erört. 81.

5) Gesterding, a. a. O., S. 155 fg. v. Lindelof in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, V, 412. Mühlenbruch, Civilproceß, §. 59. Schmid, a. a. O., S. 104 fg.

6) Bei dem Singularsuccessor, welcher den Proceß nicht fortsetzt, tritt eine Ausnahme ein (§. 302); über sonstige Ausnahmen Schaumburg, Princ. prax. judic., lib. I, sect. 2, cap. 7, §. 6. Gesterding, a. a. O., S. 156. Schmid, a. a. O., S. 105 fg.

7) L. 9 C. de praescr. XXX vel XL ann. (7, 39). L. 1, §. 1, C. de annal. except. (7, 40). Ueber den Zeitpunkt, von welchem an diese Verjährung läuft, vergl. v. Savigny, System, V, 317 fg. Dagegen v. Vangerow, Leitfaden, I, 181 fg. Ueber die verschiedenen Ansichten: Schmid, a. a. O., S. 110, Note 46.

8) L. 13, §. 1, C. de judic. (3, 1). Gajus, Inst., IV, §. 104, 105. Dagegen Cap. 20 X. de judic. (2, 1).

9) L. 16, pr.; 27, §. 1, D. de rei vind. (6, 1). L. 1, §. 16, D. si quadrup. pauper. (9, 1). L. 7, §. 5, D. ad exhibend. (10, 4). L. 11 D. judic. solvi (46, 7). L. 42, pr. D. de nox. act. (9, 4).

bei Klagen in Bezug auf das Peculium [10]) und Noxalklagen [11]); oder endlich dadurch eintreten, daß das Klagrecht, bezüglich die streitige Verpflichtung durch den Tod einer Partei, weil es sich um höchst persönliche Rechte und Pflichten handelte, dem Hauptgegenstande nach erlischt [12]).

---

10) L. 14, pr. D. de nox. act. (9, 4).

11) L. 10 D. de pecul. (15, 1).

12) L. 4 C, si pendent. appell. mors (7, 66). Einen weitern Fall bezeichnet L. 11 D. de judic. (5, 1).

Dritte Hauptabtheilung.

Von der Rechtsverfolgung selbst.

Dritter Abschnitt.

Vom Concursprocesse.

§. 321.

I. Allgemeine Grundsätze.

1) Begriff und Arten.

I. Daß ein Beklagter zu gleicher Zeit von mehren Klägern, welche nicht als Streitgenossen, sondern jeder für sich klagend auftreten, in Anspruch genommen wird, gibt noch keinen Grund ab, um in einem solchen Falle eine ungewöhnliche Proceßart eintreten zu lassen, vielmehr wird jede von diesen mehren Rechtsstreitigkeiten, je nach ihrer Natur, im ordentlichen oder summarischen Verfahren verhandelt, ohne von den übrigen Notiz zu nehmen. Selbst dann, wenn einige solcher Rechtsstreitigkeiten mit einander in Collision kommen, meistens, weil eine Identität des Objects vorliegt, und dadurch zu einer Intervention Anlaß gegeben wird, wird dennoch das gewöhnliche Verfahren unverändert beibehalten, solange nur alle mit Ansprüchen auftretende Kläger, sei es durch das Hauptobject oder durch Entschädigung, vom Beklagten befriedigt werden können. In etymologischer Hinsicht kann man bis dahin wol von einem Concurse mehrer Gläubiger reden, in juristischer dagegen nicht. Sobald jedoch in

Folge aller dieser Klagen die Insolvenz des gemeinschaftlichen Schuldners der mehren Kläger hinzutritt, dieser also nicht einmal im Stande ist, durch Entschädigung sie alle zu befriedigen, gleichwol die Verfolgung der mehren Ansprüche auf sein Vermögen gerichtlich fortgesetzt wird, dann kommt heutzutage [1]) gegen einen solchen Gemeinschuldner ein eigenthümliches Proceßverfahren, welches von allen andern Civilprocessen wesentlich abweicht, zur Anwendung: der Concurs- oder Gantproceß [2]). — Der Zweck dieses heutigen Processes ist aber ein vierfacher: 1) die Liquidation aller concurrirenden Ansprüche, d. h. die vollständige Erörterung über die rechtliche Begründung der Ansprüche am Vermögen des Cridars, sowol nach der Quantität als auch Qualität derselben, um dadurch zu einer Uebersicht zu gelangen; 2) ausfindig zu machen den gesammten Bestand des Vermögens des Schuldners, in welchen Händen es sich auch befinden mag, mithin die Festsetzung und Verwaltung der Concursmasse; 3) die Bestimmung des Vorzugsrechts zwischen den concurrirenden Gläubigern und Bestimmung der Reihenfolge, in welcher sie aus der Concursmasse befriedigt werden sollen (Prioritätsverfahren); 4) Distribution der Concursmasse nach der festgesetzten Priorität unter Aufsicht des Gerichts selbst.

II. Bei allen zur Erreichung dieser Zwecke nöthigen Schritten sind als leitende Principien folgende zu betrachten: einmal, daß dem Gemeinschuldner gegen die Regeln des gemeinen deutschen Civilprocesses die Disposition über sein Vermögen und die damit zusammenhängende Einwirkung auf das

---

1) Ueber römisches Concursverfahren außer den im Comp., Note a, Genannten: v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 359 fg., §. 31. Puchta, Institutionen, II, 213 fg. Bayer, Concursproceß, §. 3—19, woselbst auch der Ursprung des heutigen Concursprocesses entwickelt wird, §. 18 fg. — Das römische Verfahren fand noch im 13. Jahrhundert Anwendung. Durandi Spec. aur. juris (Frankfurter Ausg. von 1612 von de Nevus), pars II, lib. 2, p. 127, §. 2, no. 10 sq. — Die Literatur über das Concursverfahren nach Particularrechten siehe bei Bayer, a. a. O., S. 4.

2) Comp., Note *. Schmid, Handbuch des Processes, III, 186 fg., §. 208—221.

Verfahren selbst entzogen wird; dann aber das Princip der Universalität, vermöge dessen nicht blos einzelne Creditoren befriedigt werden sollen, sondern die Kenntniß und eine Uebersicht aller Schulden des Beklagten, der unbekannten sowol als der bekannten, in der Absicht zu Stande gebracht werden soll, damit nach gerechter Ordnung die Befriedigung erfolgen könne, zu welchem Ende eben darum auch das ganze Vermögen des Schuldners, soweit dasselbe reicht, verwendet werden soll.

III. Aus diesen Principien ergeben sich dann auch folgende Unterschiede dieses Processes von den übrigen Civilproceßarten. In Ansehung 1) der Subjecte des Verfahrens und zwar des Klägers ist besonders zu erwähnen, daß niemals blos ein einziger Kläger, sondern nur eine Mehrzahl getrennter, mit einander collidirender Gläubiger ein Concursverfahren veranlassen kann, daß diese letztern aber hierzu oft gegen ihren Willen vermittelst zu erlassender Edictalien hypothetisch genöthigt werden; ferner daß nicht blos schon wirksame Ansprüche, sondern sogar erst zukünftige Rechte verfolgt werden können, und daß endlich bei jedem Kläger eine doppelte Qualität unterschieden werden muß, sein Societätsverhältniß zu allen Gläubigern in Betreff der Concursmasse und sein eigenthümliches Collisionsverhältniß zu den übrigen Gläubigern in Bezug auf die Priorität. — In Ansehung des Beklagten ist hier das Eigenthümliche, daß jeder Concurs nur einen einzigen Gemeinschuldner betrifft, und daß mehre noch so nahe verbundene Personen, z. B. Eheleute, wenn sie sämmtlich insolvent wären, jede ihren eigenen Concurs veranlassen würde, wenn sie nicht etwa in einer allgemeinen universellen Gütergemeinschaft gestanden hätten. Ferner wird in diesem Verfahren zur Führung des Processes, zur Verwaltung des Vermögens und zur Tilgung der Schulden niemals der beklagte Gemeinschuldner zugelassen, sondern das alles theils durch den Streit-, theils durch den Massepfleger besorgt. — Selbst in Ansehung des Gerichts, vor welchem das Concursverfahren verhandelt wird, tritt insofern eine Eigenthümlichkeit ein, als die speciellen Gerichtsstände ausgeschlossen sind, weil bei der Universalität des Verfahrens auch nur ein universeller Gerichtsstand zur Behandlung aller Arten von Ansprüchen geeignet sein kann. —

In Ansehung 2) des Gegenstandes der gerichtlichen Verhandlung und folgeweise des Umfangs der gerichtlichen Geschäfte ist hier das Eigenthümliche, daß neben allen Arten von Proceßhandlungen auch eine große Anzahl von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nöthig werden, um die Concursmasse gehörig übersehen, verwalten und verwenden zu können, weshalb in dieser Hinsicht der Concursrichter dann als eine Art von Obervormund auftritt. — Endlich sind 3) hinsichtlich der Art des Verfahrens als Eigenthümlichkeiten nur zu nennen: das Liquidationsprotokoll aller Creditoren, das Prioritätsurtheil und der Distributionsbescheid, welche, wenn man diese Aufsätze nach den gewöhnlichen Regeln beurtheilen wollte, auffallende subjective Cumulationen enthalten würden.

IV. Um nun ein so eigenthümliches Proceßverfahren nicht willkürlich annehmen und darstellen zu müssen, kommt es hier besonders auf die Quellen, die Gesetze an, welche darüber ergangen sind. Diese darf man jedoch am wenigsten im Römischen Rechte suchen, weil dieses, wenn es zwar auch ein Concursverfahren kennt, wobei dem Gemeinschuldner die Disposition über die Concursmasse entzogen [3]) war, doch jenes Princip der Universalität überall nicht beobachtete [4]), und überhaupt die Einmischung der Gerichte in die Verhandlungen kaum zuließ. Nach Römischem Rechte wurde nämlich der Concurs der Gläubiger nur von den chirographarischen Gläubigern, den einfachen sowol als den privilegirten, veranlaßt, die hypothekarischen [5]) Gläubiger dagegen suchten isolirt ihre Befriedigung, ohne sich um jene zu kümmern. Die Concursmasse wurde ferner nur auf diejenigen Güter beschränkt, welche sich wirklich in den Händen des Gemeinschuldners befanden, oder zu dessen ausstehenden Activforderungen gehörten, weil den chirographarischen Gläubigern gegen dritte Besitzer anderer Concursgüter es an allem Klagrechte fehlte. Endlich wurde auch ein von dem jetzigen Concursverfahren durchaus abweichendes beobachtet, da das Rö-

---

3) L. 6, §. 7, D. quae in fraud. credit. (42, 8).

4) L. 5, §. 15, 16, D. de tribut. act. (14, 4). L. 1, §. 1, 9; L. 5, 6 D. de separat. (42, 6).

5) L. 10 C. de bon. quae auctor. jud. poss. (7, 72).

mische Recht weder Edictalien noch Contradictor, noch Prioritätsurtheil, noch endlich Distributionsbescheid kennt.

V. In dem deutschen gemeinen Rechte ist nun zwar das Römische Recht in dieser Beziehung nicht ausdrücklich abgeändert, allein es hat sich in der Praxis nach und nach das in Italien [6]) geltende eigenthümliche Concursverfahren in Folge der bestehenden Handelsverbindungen auch bei uns mehr und mehr heimisch gemacht, wie denn dieser Ursprung namentlich aus mehren Benennungen im heutigen Concursverfahren augenscheinlich hervorgeht. Dieses neuere Concursverfahren ist dann vielleicht in allen Staaten Deutschlands entweder ausdrücklich durch Landesgesetze mehr oder weniger vollständig aufgenommen, oder stillschweigend durch einen entschiedenen Gerichtsgebrauch wenigstens zum allgemein geltenden gemacht worden. Allein es entsteht dabei immer noch die Frage, ob man da, wo in den Landesgesetzen in dieser Beziehung sich Lücken finden, wenn überhaupt Insolvenz vorliegt, von den römischen Vorschriften noch jetzt Gebrauch machen könne. Bei Beantwortung dieser Frage muß man dann wol folgende Regeln als durchgehends maßgebend betrachten: 1) Das Verhältniß des Schuldners zu seinen Gläubigern und der Concursmasse kann noch jetzt nach Römischem Rechte beurtheilt werden, weil sich das heutige Concursverfahren eigentlich nur auf das Rechtsverhältniß der Creditoren unter sich bezieht, und weil das Princip der Universalität, welches dem neuern Verfahren zu Grunde liegt, an den Rechten und Pflichten des Schuldners nichts geändert hat; was dagegen 2) das Römische Recht von isolirter Befriedigung einzelner Arten von Gläubigern enthält, und was daher über die Trennung der Concursmasse nach den verschiedenen Arten der Gläubiger geordnet war, ist im jetzigen Concursverfahren durchaus unanwendbar, weil es sich mit dessen Grundlage nicht vereinigen läßt. Dahingegen können 3) die römischen Verhältnisse der chirographarischen Gläubiger unter sich, soweit dadurch die Verwaltung und Erhaltung der Concursmasse bezweckt wird,

---

6) Bayer, a. a. O., §. 19, S. 50 fg., leitet dessen Ursprung aus Spanien her, wobei er sich auf Franc. Salgado de Samoza, Labyrinthus creditorum concurrent., bezieht.

mit der Ausdehnung angewendet werden, daß alle Arten von Concursgläubigern, auch die hypothekarischen, insoweit darnach zu beurtheilen sind, als dieselben heutigentags an der Concursmasse Antheil nehmen wollen, also mit den übrigen in eine Art von Societät treten, und folglich auch die damit verknüpften Verbindlichkeiten übernehmen müssen.

VI. Wenn man sich nun zu den Eintheilungen des Concursprocesses wendet, so scheint die erste in particularen und universellen[7]) den Grundlagen des heutigen Concursverfahrens geradezu zu widersprechen. Denn man nennt Universalconcurs den regelmäßigen Fall, wo das ganze Vermögen des Cridars, auf welches den Gläubigern ein Befriedigungsanspruch zusteht, in eine einzige Masse ohne Rücksicht darauf, wo es sich befindet, vereinigt und zum Besten aller Gläubiger verwendet wird; Particularconcurs dagegen die Ausnahme davon, also das Verfahren, welches nur einen bestimmten Bestandtheil der Vermögensmasse des Cridars behufs der ausschließlichen Befriedigung gewisser Gläubiger zum Object hat und behandelt. Die Veranlassung zu diesem Ausnahmeverfahren liegt heutigentags am häufigsten in den getrennten Territorialverhältnissen, weil, wenn das Vermögen eines Cridars sich in verschiedenen souveränen Staaten befindet, diese, sobald nicht besondere Staatsverträge deshalb bestehen, nicht schuldig sind, irgend einen Antheil der Masse ins Ausland verabfolgen zu lassen. — Im Römischen Rechte dagegen finden sich, wenn auch aus ganz abweichenden Gründen, allerdings dergleichen Beispiele eines Particularconcurses, wiewol nicht unter diesem Namen, sondern unter eigenen verschiedenen Benennungen. — Zunächst gehört hierher das remedium indemnitatis, auch wol jus s. beneficium separationis[8]) genannt. Man verstand

---

7) Gönner, Handbuch, IV, Abh. 2, §. 12. Schweppe, Concursproceß, §. 147—150. Schmid, a. a. O., S. 195, Note 14. Bayer, a. a. O., S. 58 fg.

8) Tit. tot. D. de separat. (42, 6). C. de bon. auct. jud. possid. et de separat. bon. (7, 72). Puchta, Pandekten, §. 509. v. Vangerow, Leitfaden, III, §. 503. Heffter, System des röm. und deutsch. Civilprocesses, S. 654, Nr. 531.

hierunter die Absonderung einer Erbschaft von der eigenen Vermögensmasse der Erben, damit die Erbschaftsgläubiger blos aus jener Erbschaft befriedigt würden, wenn etwa das eigene Vermögen des Erben unzureichend war und dessen Gläubiger sich an sein Vermögen halten wollten. In einem solchen Falle müssen die Erbschaftsgläubiger, zu welchen auch die Legatare zu rechnen [9]) sind, vor Ablauf von fünf Jahren nach angetretener Erbschaft die Trennung der beiden Vermögensmassen begehren, auch nicht zugeben, daß eine unzertrennliche Vermischung schon früher vor sich gehe und endlich den Erben nicht von neuem Credit gegeben haben, widrigenfalls dieses Recht auf Trennung erlischt. Ist eine solche Separation begründet, so kann die Erbschaftsmasse einen eigenthümlichen [10]) Concurs veranlassen, wenn sie nicht zur Befriedigung aller Erbschaftsgläubiger zureicht; denn aus dem eigenen Vermögen der Erben wird selbst dann ein Zuschuß nicht geleistet, wenn diese auch das beneficium inventarii sich nicht ausdrücklich vorbehalten haben. Mit dem Antrage auf Separation haben sich die Erbschaftsgläubiger der Ansprüche an die Erben von selbst begeben [11]). Bleibt hingegen von der Erbschaftsmasse noch irgend etwas übrig, so fällt dies allemal den Erben oder, falls diese sich in Concurs befinden, deren Gläubigern zu. Hypothekarische Gläubiger eines Verstorbenen bedürfen dieses Vorzugsrechts nicht, da sie schon durch ihr hypothekarisches Recht genugsam sicher gestellt sind. — Es gehört hierher ferner der Fall, wenn die Gläubiger eines Haussohnes, welcher von ihnen behufs der Militärdienste unterstützt worden ist, die Trennung des peculii militaris und insbesondere castrensis von dessen übrigem Vermögen verlangen. Dergleichen Gläubiger erlangten dadurch eine isolirte Befriedigung [12]) aus diesem peculium mit Ausschließung der ältern

9) L. 40 D. de oblig. et act. (44, 7).

10) Dies widerspricht dem im Comp., §. 321 a. E., Gesagten nicht, wie Bayer, a. a. O., S. 63, annimmt, da dort nur gesagt ist: „Wider denselben Schuldner ist ein allgemeiner und ein besonderer Concursproceß nicht denkbar."

11) L. 1, §. 17; L. 5 D. de separat. (42, 6).

12) L. 1, §. 9, D. de separat. (42, 6). L. 7 D. de castrens. pec. (49, 17). Bayer, a. a. O., erblickt in dieser Vorschrift nur eine Rang-

Gläubiger, welche der Soldat hatte, und welche ihm zu seiner Equipirung keine Vorschüsse geleistet hatten. Daher nannten die neuern Juristen dies eine Quasiseparation. — Nicht weniger wichtig ist für die heutige Anwendbarkeit ferner der Fall, welcher sich allerdings im Römischen Rechte[13]) findet: daß die Gläubiger eines Sklaven, dem sein Herr erlaubt hatte, mehre getrennte Waarenlager zu halten, zu deren jedem andere Gläubiger Vorschüsse geleistet hatten, verlangen, daß diese Waarenlager getrennt zur ausschließlichen Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche ausdrücklich zu jenem Waarenlager dargeliehen haben, verwendet werden. Man hat hiervon ein Argument hernehmen wollen für die Fälle, wo ein Kaufmann in Concurs verfällt, welcher an verschiedenen Orten getrennte Comptoire hielt. Allein wie falsch[14]) diese Anwendung ist, ergibt sich daraus, daß die Gläubiger eines Sklaven immer nur aus dessen peculium Befriedigung verlangen konnten, so daß deshalb jene Trennung billig erscheinen mußte, während die Gläubiger eines Kaufmanns aus seinem Gesammtvermögen zu bezahlen sind, ohne Rücksicht darauf, wo dasselbe belegen ist. — Aus dem Lehnrechte ist dagegen noch ein anderer Separationsfall hier zu erwähnen. Sobald nämlich ein Cridar außer den wahren Lehnsgläubigern auch Allodialgläubiger hat, dann müssen jene erstern aus den Lehngütern allein befriedigt werden, während die letztern sich ausschließlich an das Allodium zu halten haben.

VII. Alle diese noch jetzt brauchbaren Arten von Separationen beruhen auf eigenthümlichen Verhältnissen eines Theils vom Vermögen des Gemeinschuldners, und bildeten daher von jeher selbst bei dem römischen Concursverfahren ein singuläres Recht. Es ist daher wol nicht unrichtig, wenn man die Fortdauer dieser Ausnahmsfälle noch jetzt behauptet, obgleich die allgemeine Grundlage des Concursverfahrens sich geändert hat,

---

ordnung der Gläubiger; ebenso Fritz, Archiv für civil. Praxis, XII, 328 fg.

13) L. 5, §. 15, 16, D. de tribut. act. (14, 4).

14) Heffter, a. a. O., Nr. 533, S. 651, Note 64. Schmid, a. a. O., Nr. 2, S. 196, Note 14. Bayer, a. a. O., S. 60.

indem diese als eine spätere Regel jene Ausnahmen nicht aufheben konnte. Man kann sich aber nicht erlauben [15]), wie von einigen Juristen [16]) versucht worden ist, die Zahl dieser Ausnahmen zu vermehren. — So oft nun ein Particularconcurs in Frage kommt, setzt mit Ausnahme der Erbschaftsabsonderung, welche die Insolvenz des Verstorbenen oder der Erben nicht wesentlich erfordert, jeder andere Fall nothwendig voraus, daß zwei Concurse zugleich verhandelt werden: ein universeller und daneben ein particularer desselben Schuldners. Denn fehlte es an der allgemeinen Insolvenz, so würde gar kein concursmäßiges Verfahren zulässig sein, selbst da nicht, wo das Vermögen desselben Schuldners in verschiedenen Territorien liegt, weil die Creditoren, welche aus dem Vermögen in dem einen Territorium nicht befriedigt werden können, immer doch noch einen Anspruch auf Bezahlung aus dem sonstigen Vermögen, mag es sich befinden wo es will, behalten.

VIII. Eine zweite Eintheilung [17]) des Concursprocesses, welche schon von älterer Zeit her üblich ist, besteht darin, daß man dem formellen Concurs den materiellen entgegensetzt; neuere Juristen [18]) haben dies dahin abgeändert, daß sie eine dritte Art unter dem Namen des imminenten Concurses davon trennen, weil nämlich der Cridar oft schon viel früher sich im Zustande der Insolvenz befindet, ehe deshalb gegen ihn das concursmäßige Verfahren eingeleitet wird. Man hat auf diese Weise die Periode, wo dann das Concursverfahren seinen Anfang nimmt, durch den Namen des formellen Concurses von der frühern Periode einer bloßen Insolvenz unterscheiden wollen. Zwischen diesen beiden Perioden ist allerdings der wichtige Unterschied, daß nach eingetretenem formellen Concurse alles Dis-

15) Thibaut, Archiv für civil. Praxis, XIV, 235 fg. Spangenberg, das., X, 404 fg.; XIV, 155 fg. Schmid, a. a. O., S. 199 in der Note.

16) Gönner, Handbuch, IV, Abh. 82, §. 12, und in gewisser Weise bezüglich der Pfandgläubiger: Wächter im Archiv für civil. Praxis, XIV, 340 fg.

17) Schmid, a. a. O., §. 216, Note *; III, 279. Bayer, a. a. O., S. 20.

18) J. B. Danz, Summarischer Proceß, §. 144.

positionsrecht des Schuldners über sein Vermögen wegfällt, und nunmehr jede seiner Veräußerungen nichtig ist, ohne Rücksicht auf die Absicht, welche er dabei gehabt hat [19]). Solange dagegen bloße Insolvenz vorhanden ist, sind alle Vermögensdispositionen gültig und können nur mit der paulianischen Klage angefochten werden, welche wiederum den Beweis voraussetzt, daß die Veräußerung in der Absicht, die Gläubiger zu verkürzen, vorgenommen worden sei. Mit Rücksicht auf die Schwierigkeit dieses Beweises wollten einige Juristen zur Erleichterung der Gläubiger eine Vermuthung [20]) jener Absicht der Verkürzung derselben aus dem Umstande herleiten, daß der Gemeinschuldner zur Zeit der Veräußerung bereits insolvent gewesen sei, und sprachen daher von dem Zeitpunkte der bloßen Insolvenz unter dem Namen des materiellen Concurses. Da jedoch eine solche Präsumtion weder zu den Rechtsvermuthungen im eigentlichen Sinne gerechnet werden kann, weil es ihr an der gesetzlichen Vorschrift fehlt, ohne welche solche Vermuthungen überhaupt nicht existiren, noch als praesumtio hominis betrachtet werden kann, weil die Regeln der Logik eine solche Vermuthung im Allgemeinen nicht gestatten, sondern nur die besondern Umstände des einzelnen Falles eine Wahrscheinlichkeit für die betrügerische Absicht begründen können, so muß nicht allein diese Präsumtion, sondern mit ihr auch die Abtheilung wegfallen, welche man nur um ihretwillen zwischen dem materiellen und dem formellen Concurse hervorhob. Man kann dagegen auch nicht das Römische Recht [21]) allegiren, denn darin wird nur von einer Veräußerung aller Güter unter besondern Umständen geredet, aus welchen die Absicht der Hintergehung der Gläubiger geschlossen werden konnte, was aber um so weniger auf alle Fälle der Insolvenz paßt, je weniger die angezogene Stelle des Römischen Rechts von der Voraussetzung ausgeht, daß der Veräußernde bereits insolvent gewesen sei. — Hiermit fällt also auch der

---

19) L. 6, §. 7, D. quae in fraud. credit. (42, 8).

20) Dagegen Francke im Archiv für civil. Praxis, XVI, 125 fg. Laspeyres, das., XXI, 39 fg. Seuffert, Archiv der Entscheidungen, III, 247—249.

21) L. 17, §. 1, D. quae in fraud. cred. (42, 8).

Nutzen einer besondern Bezeichnung des Zustandes hinweg, den man noch dazu gegen die Etymologie materiellen oder imminenten Concurs zu nennen pflegt, indem der Ausdruck Concurs etymologisch nie einen gewissen Zustand, sondern eine gewisse Activität bezeichnet, welche allerdings dem formellen Concurse zukommt, da dieser das Proceßverfahren gegen insolvente Schuldner bezeichnet. — Wenn man aber in neuerer Zeit neben dem imminenten und formellen Concurse noch einen andern materiellen behauptet, wo der insolvente Schuldner sein Vermögen den Gläubigern gerichtlich schon abgetreten hat, allein Edictalladungen noch nicht erlassen sind, was nach einigen Landesgesetzen allerdings besondere Wirkungen nach sich zieht, so ist das dem gemeinen Rechte darum unbekannt, weil in demselben Edictalien nicht vorkommen und folgeweise jene Wirkungen ebenfalls nicht eintreten können.

§. 322.

2) Rechtliche Natur.

a) Wirkungen des förmlichen Concurses.

I. Ein ausgebrochenes Concursverfahren erzeugt nicht nur für die daran theilnehmenden Personen besondere Rechte und Pflichten, sondern äußert seine Wirkungen auch noch außer dem Proceßgange theils auf den Schuldner, theils auf die Gläubiger, theils wol gar auf ganz dritte Personen. Man pflegt daher nicht unzweckmäßig den Inbegriff aller rechtlichen Folgen, welche ein eröffneter Concursproceß, außer den in demselben vorkommenden Schritten, dem Concursverfahren, für irgend Jemand erzeugt, mit dem Namen des Concursrechtes zu bezeichnen. Dieses Concursrecht muß sich nun vorzüglich in Ansehung des Vermögens des Cridars äußern und consequenter Weise auf alle die Personen einwirken, welche bei jenem Vermögen interessirt sind. Es ist das nun der Fall A. in Ansehung der Rechte und Pflichten des Cridars zu seinen Vermögensgläubigern [1]).

---

1) Schmid, a. a. O., S. 223 fg. Bayer, a. a. O., §. 23 fg., 29 fg.

Die Veranlassung, weshalb eine Veränderung derjenigen Rechtsverhältnisse, welche vor ausgebrochenem Concurse vorhanden waren, nunmehr eintreten kann und muß, ist vorzüglich in der Ueberlassung des Vermögens zu suchen, welche im Falle des Concurses vom Cridar an die Gläubiger geschieht. Daher ist die rechtliche Natur dieser Vermögensüberlassung vor allen Dingen zu bestimmen. Man hat dabei auf die im ältern Römischen Rechte angenommene sectio bonorum zurückgehen wollen, allein mit Unrecht, weil diese einen Verkauf der Güter des Cridars in Bausch und Bogen, als universitas, enthielt und nur die Rechte und Pflichten des emtor bonorum, nicht aber die der Gläubiger zum Cridar betraf, und weil diese Auffassung im neuern Römischen Rechte [2]) bereits völlig abgeändert worden ist. Dagegen haben einige Juristen und nach ihnen vielfach die Praxis, veranlaßt durch den Ausdruck cessio bonorum [3]), welcher in den römischen Quellen vorkommt, allerdings eine Eigenthumsabtretung oder eine Ueberlassung an Zahlungsstatt angenommen; allein auch ohne genügenden Grund, denn zuvörderst entscheidet der erwähnte Ausdruck nichts für alle die Fälle, wo das Concursverfahren ohne cessio bonorum bei dem Tode oder der Flucht des Cridars eröffnet wird und wo doch eine gleiche Vermögensüberlassung vorkommt. Dazu kommt ferner, daß jene Vermögensabtretung ihren Wirkungen nach durchaus nicht für eine eigenthümliche Vermögensabtretung oder Hingabe an Zahlungsstatt gehalten werden kann: denn theils erkennen die Gesetze [4]) an, daß der Cridar, ungeachtet der geschehenen Abtretung des Vermögens, jeden Augenblick die Befugniß hat, die Masse durch Tilgung aller Schulden wieder an sich zu bringen; theils ergibt sich dies aus der beschränkten Befugniß der Concursgläubiger, über die Masse zu disponiren [5]); theils widerspricht dem die Bestimmung des Rö-

2) Pr. J. de successionibus sublatis, quae fiebant per bonorum venditiones et ex senatusi. Claudiano (III, 3).

3) L. 3, 5 D. de cess. bon. (42, 4). L. 2, 4 C. qui bon. ced. poss. (7, 71). Vergl. Mühlenbruch, Cession (2. Aufl.), S. 238. Schweppe, System des Concurses, §. 59. Bayer, a. a. O., S. 82 fg.

4) L. 2, 4 C. qui bon. ced. L. 3 D. de cess. bon.

5) L. 4 C. cit. — non tamen creditoribus sua auctoritate dividere

mischen Rechts [6]), daß die Concursgläubiger einen juristischen Besitz an der Concursmasse nicht haben; theils endlich steht dem die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners entgegen, auch nach geschehener Cession, falls er wieder zu Vermögen kommt, das Fehlende nachzuzahlen [7]), was sich doch mit einer Hingabe an Zahlungsstatt nicht vereinigen läßt. — Richtiger ist dagegen nach dem neuesten Römischen Rechte [8]) zu behaupten, daß die Concursgläubiger als Mandatare in rem suam hinsichtlich der Concursmasse zu betrachten sind, mithin insofern den Gemeinschuldner gewissermaßen repräsentiren und dabei die Verpflichtung haben, unter Leitung des Concursgerichts [9]) die überlassenen Güter bestmöglichst und nach Vorschrift der Gesetze zur Tilgung der Schulden anzuwenden. Aus diesem Grundsatze erklären sich dann nicht nur alle jene gesetzlichen Bestimmungen, welche der Eigenthumsabtretung entgegenstanden, sondern es geht daraus auch hervor, daß gemäß der Natur eines mandatum in rem propriam [10]) der Cridar zwar Eigenthümer der Masse bleibt, allein nicht anders darüber verfügen kann, als wenn er zuvor seine Gläubiger vollständig befriedigt hat. Eine Folge hiervon ist dann auch, daß die Concursmasse, welche etwa durch Zufall oder zum Theil vernichtet wird, keineswegs auf Gefahr der Gläubiger zu Grunde geht, sondern daß ein solcher Verlust vom Gemeinschuldner getragen werden muß, wenn er sich künftig wie-

---

haec bona et jure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suae consulere permissum est.

6) L. 3, §. 8, D. uti possidet. (43, 17). Creditores missos in possessionem rei servandae causa interdicto uti possidetis uti non posse et merito, quia non possident.

7) L. 7 i. f. C. qui bon. ced. poss. (7, 71).

8) L. 29 i. f. D. famil. hercisc. (10, 2) — quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset et ejus quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori. v. Bülow u. Hagemann, Prakt. Erört., III (1. Ausg.), S. 282. v. Quistorp, Rechtl. Bem., II, Nr. 20. Vergl. Seceweh, Monatsschrift, XX, S. 87 fg.

9) L. 3, 10 C. de bon. auct. jud. poss. (7, 72). Dabelow, Concursproceß, S. 271, 589.

10) L. 55 D. de procurat (3, 3). Procuratore in rem suam dato, praeferendus non est dominus procuratoris in litem movendam vel pecuniam suscipiendam: qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit. L. 3 C. de novation. (8, 43).

der erholt. Besonders wichtig ist dieses Princip in Rücksicht der Frage, ob die Concursgläubiger aus einem universellen oder einem singularen Titel als Repräsentanten des Cridars zu betrachten seien. Ersteres wird nicht selten [11]) behauptet, ist aber offenbar falsch, wenn man das nur gedachte Princip als die Grundlage des Concursverfahrens anerkennt, wiewol auch, wenn man von dem andern Principe der Cession oder der Hingabe an Zahlungsstatt ausgeht, diese als universelle Titel nicht betrachtet werden können. — Dem zuletzt aufgestellten Principe kann man übrigens nicht entgegnen, daß manche Concurse ohne alle Willenserklärung des Cridars herbeigeführt werden und doch jedes Mandat wenigstens einen stillschweigenden Willen des Mandanten voraussetze. Denn schon in der Executionsinstanz ist es eine bekannte Rechtsregel, daß das Gericht statt des Schuldners diejenigen Schritte vorzunehmen habe, welche außerdem von dessen Willkür abhängen würden. Diesen Grundsatz hat man daher auch hierher zu beziehen und in dergleichen Fällen ein mandatum in rem propriam, welches den Gläubigern vom Gericht ertheilt wird, ebenso anzunehmen, als ob dasselbe vom Cridar erklärt worden wäre, wie denn hiermit auch die allgemeinen Aeußerungen des Römischen Rechts [12]) übereinstimmen.

II. Wenn man daher die Natur dieses mandati in rem propriam näher entwickelt und 1) das Subject des eigenthümlichen Concursverfahrens und jenes Mandats genauer untersucht, so ist zwar hinsichtlich des Mandanten keine Schwierigkeit vorhanden, da dies immer der Gemeinschuldner ist; was aber die Mandatare betrifft, so gehören dahin keineswegs alle Diejenigen, welche sich im Concurse mit ihren Ansprüchen zu melden pflegen und die man Concursgläubiger in der weitern Bedeutung nennen kann, sondern es sind dabei drei Arten von Gläubigern zu unterscheiden, die Vindicanten, die Massegläubiger und die eigentlichen Concursgläubiger. a) Unter den Vindicanten [13]), die auch wol uneigentliche Separatisten,

---

11) Hommel, Rhaps., observ. 193. Günther in Weißke, Rechtslexikon, II, 811 fg.

12) L. 29 i. f. D. fam. hercisc., s. Note 8.

13) Compendium, Note *. Schmid, a. a. O., S. 188. Bayer, a. a. O., S. 150 fg.

Separatisten ex jure dominii, genannt zu werden pflegen, versteht man solche Personen, die ihr selbständiges dingliches Recht, sowie gegen jeden dritten Besitzer, ebenso auch gegen die Concursgläubiger im engern Sinne, als die Besitzer des Objects ihrer Ansprüche, verfolgen. Diese bedürfen keines vom Cridar auf sie übertragenen Rechts, denn eben ihr selbständiges dingliches Recht trennt sie von den blos hypothekarischen Gläubigern, welche nur zur Sicherheit einer Verpflichtung des Gemeinschuldners ein Pfandrecht erhalten haben und eben darum zu den eigentlichen Concursgläubigern gerechnet werden. Aus eben diesem Grunde können auch die Vindicanten durch Abtretung der Concursmasse an die Gläubiger weiter keinen Nachtheil erleiden. Denn ihnen gegenüber ändert sich nur die Person des Beklagten; eine Präclusion, welche lediglich in Bezug auf die wahren Concursgläubiger ergangen ist, steht ihnen nicht entgegen: würden sie doch ihr Eigenthum aus den Händen jedes Dritten, selbst wenn er es aus der Concursmasse gekauft hätte, zurückfordern können [14]). — Ebenso wenig leiten b) die sogenannten **Massegläubiger** [15]), oder Gläubiger der Concursgläubigerschaft, aus dem Principe des Mandats ihre Ansprüche her. Denn diese haben Ansprüche auf die Concursmasse, nicht weil sie solche gegen den Cridar hatten, sondern weil sie in Bezug auf die Concursmasse entweder mit den Concursgläubigern selbst oder an deren Stelle mit dem curator bonorum contrahirt, oder weil sie zum Besten der Concursmasse, nicht aber des Cridars einen Aufwand bestritten haben, welcher ihnen von sämmtlichen Concursgläubigern namentlich dann erstattet werden muß, wenn diese Verwendung zum Besten der Masse nach bereits ausgebrochenem Concurse geschehen ist. — Dahingegen sind aber c) die **eigentlichen Concursgläubiger** [16]) ganz allein diejenigen, welche das Concursverfahren veranlassen und daran Antheil nehmen. Denn ihre Ansprüche waren schon gegen die Person des Cridars

---

14) L. 24, §. 2, D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5). L. 5, §. 18, D. de tribut. act. (14, 4).

15) **Gensler** im Archiv für civil. Praxis, II, 351, Note 2. **Schweppe**, System des Concurses, §. 40 fg., 48, 64. **Schmid**, a. a. O., S. 191 fg.

16) **Schweppe**, a. a. O., §. 43, 147. **Mackeldey**, Lehrbuch des Römischen Rechts, §. 780. **Schmid**, a. a. O., S. 195.

begründet und höchstens durch ein accessorisches Realrecht von dem Gemeinschuldner gesichert, mögen nun ihre Rechte schon vor Ausbruch dieses Concurses völlig klagbar gewesen sein, oder noch von Bedingungen und vom Zeitverlauf abhängen, wenn sie nur als zukünftige so wohl begründet [17]) sind, daß sie ohne weiteres Hinzuthun des Cridars demnächst in ein jus praesens verwandelt werden. Denn auch diese letztern müssen schon jetzt angemeldet werden, um bei Vertheilung der Concursmasse nicht zu kurz zu kommen. Alle diese verschiedenen Arten der eigentlichen Concursgläubiger des Cridars bilden die Mandatarien zum eigenen Nutzen, und auf sie kommt es hier allein an. — Man muß nun aber bei den wahren Concursgläubigern das Verhältniß des Einzelnen unter ihnen zu dem Gemeinschuldner wohl von demjenigen unterscheiden, worin sich ihre Gesammtheit, als eine Art von Gesellschaft, zu dem Cridar befindet. Denn nicht jeder einzelne Concursgläubiger darf als Mandatar in rem propriam betrachtet werden, repräsentirt auch für sich als Einzelner den Gemeinschuldner nicht; vielmehr steht nur der Gesammtheit der Concursgläubiger es zu, jene Repräsentationsrechte und Pflichten zu übernehmen und auszuüben.

III. Was sodann 2) den Gegenstand [18]) des mandati in rem propriam betrifft, so besteht dieser in dem sämmtlichen gegenwärtigen Vermögen des Gemeinschuldners, sofern es nicht höchst persönliche Rechte sind, die nicht einmal von einem Andern ausgeübt werden können. Es macht daher keinen Unterschied, ob sich der Cridar zur Zeit der Concurseröffnung im Besitz aller Theile seines Vermögens befindet, oder ob das Vermögen in fremden Händen ist, ob es in körperlichen Sachen, oder in ausstehenden Forderungen besteht; denn selbst das Nießbrauchsrecht wird zur Concursmasse gezogen [19]). — Dagegen gehören zur Concursmasse nicht a) aller wahrhaft neuer Anfall, welcher nach ausgebrochenem Concurse dem Gemeinschuldner zu

---

17) L. 4, pr. D. de separat. (42, 6). L. 41 D. de judic. (5, 1).

18) Schweppe, a. a. O., §. 35 fg. Mackeldey, a. a. O., §. 774. Schmidt, a. a. O., S. 253 fg. Bayer, a. a. O., §. 23—26.

19) L. 8, pr. D. de reb. auct. jud. (42, 5).

Theil wird, z. B. Erbschaften, sondern es steht dem Cridar frei, diesen ohne Weiteres auszuschlagen, gesetzt auch, er thäte dies nur, um seine Gläubiger zu verkürzen [20]); nur der Fiscus hat auch in dieser Beziehung ein Vorrecht [21]). Sollte aber der Gemeinschuldner einen derartigen neuen Erwerb annehmen, so gehört dieser nicht zur frühern Concursmasse, vielmehr ist das dann so anzusehen, als habe der Gemeinschuldner neues Vermögen erworben [22]). Dieses kann aber einmal nicht immer concursmäßig behandelt werden, z. B. wenn es hinreicht, alte Schulden zu decken, ja es haben darauf auch alle diejenigen Gläubiger einen Anspruch, welche nach Ausbruch des frühern Concurses Rechte gegen den Cridar erlangten. Zu einem solchen neuen Anfall gehört übrigens dasjenige Vermögen nicht, welches der Cridar zwar später erwirbt, als der Concurs über ihn ausgebrochen ist, jedoch vermöge eines wohlerworbenen Rechtes empfängt, welches ihm bereits vor Eröffnung des Concurses zustand, z. B. der Lotteriegewinn auf Loose, welche er schon früher genommen hatte, denn diesen eignen sich die Concursgläubiger mit Recht zu. — Was aber b) die veräußerten Güter des Cridars betrifft, welche er vor Ausbruch des Concurses weggab, so können seine Gläubiger als seine Mandatare diese im Falle des Concurses nicht anders in Anspruch nehmen, als wenn er selbst es hätte thun können, z. B. im Falle einer unmäßigen Verletzung. Die Gesetze [23]) haben es jedoch für billig gehalten, den Concursgläubigern eine eigene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus ihrer Person gegen die frühern Veräuße-

---

20) L. 6, pr., §. 1, D. quae in fraud. (42, 8). L. 67, §. 1, D. ad senatusions. Trebell. (36, 1). L. 134, D. de reg. jur. (50, 17).

21) L. 45, pr. D. de jur. fisci (49, 14).

22) Anderer Meinung: Bayer, a. a. O., §. 26 a. E. Schweppe, a. a. O., §. 35, Nr. 1. Dagegen Schmid, a. a. O., S. 257 fg.

23) L. 10, pr., §. 22; 14; 25, §. 4, D. quae in fraud. credit. (42, 8). Thibaut, Pandekten, §. 1227. Schröter in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, VI, 131 fg.; aber v. Vangerow, Leitfaden, I, §. 178, 3; III, §. 697. — Ueber den Fall, wenn vor Ausbruch des Concurses Zahlungen an einzelne Gläubiger geleistet wurden, siehe Francke im Archiv für civil. Praxis, XVI, 125 fg., 251 fg. Laspeyres, daselbst, XXI, 35 fg. v. Vangerow, a. a. O., §. 697, Anm.

rungen des Cridars zu bewilligen, wenn der Fall eintritt, daß der Gemeinschuldner, um seine Gläubiger zu verkürzen, diese Veräußerung vorgenommen hat, mag nun diese Veräußerung alle oder nur einzelne Gläubiger betreffen. Kann dies nachgewiesen werden, so hat der Massepfleger alle die Verringerungen der Vermögensmasse, welche in betrügerischer Absicht geschehen sind, durch die paulianische Klage anzufechten. Dabei hängt dann aber freilich von dem Titel der Veräußerung und der Mitwissenschaft des Erwerbers, wenigstens sobald die Vermögenstheile unter einem lucrativen Titel erworben wurden, viel ab; und es sind desdalb die dazu erforderlichen Beweise schwierig zu liefern. Die nur gedachten Rechtsmittel sind aber auch auf den Fall ausgedehnt, wenn der Cridar in böslicher Absicht einige seiner Gläubiger mit einer bessern Priorität versehen hat, als sie ursprünglich gehabt haben, um auf diese Weise ältere Gläubiger zu verkürzen. Man pflegt dies eine **Gratification** zu nennen. In diesem Falle haben jedoch die verkürzten Gläubiger selbst, nicht der Massevertreter, die Klage anzustellen.

IV. Endlich bestehen aber 3) die **Wirkungen** des mandati in rem propriam in Folgendem. a) Auf Seiten des **Gemeinschuldners** äußern sie sich darin, daß dieser zwar fortdauernd allen seinen Concursgläubigern in Ansehung aller wahrhaft begründeten Ansprüche verpflichtet bleibt, so daß die zwischen ihnen bedungenen Zinsen auch während des Concursverfahrens fortlaufen [24]), weil jeder Gläubiger aus dem Vertrage mit dem Cridar ein wohlerworbenes Recht hat, sollte gleich der Termin zur Zinszahlung noch nicht eingetreten sein, und weil der Ausbruch des Concurses an sich in Bezug auf solche Zinsverträge keine Art der Aufhebung ist, soweit nicht Landesgesetze das Gegentheil ausdrücklich vorgeschrieben enthalten. Darum muß denn auch der Cridar, falls er später neues Vermögen erwirbt, alle diejenigen Schulden nachzahlen, welche bei dem jetzigen Concursverfahren nicht zur Befriedigung gekommen sind. — Der Cridar

---

24) L. 3 C. de bon. auct. jud. poss. (7, 72). Arg. L. 7 D. de cess. bon. (42, 3) L. 1 C. qui bon. ced. poss. (7, 71). **Hofacker**, Princip. jur. Rom., III, §. 4547. **Seuffert**, Archiv für Entsch., I, Nr. 246.

bleibt ferner sowol Eigenthümer [25]) als auch Civilbesitzer [26]) der Concursmasse noch nach ausgebrochenem Concurse; allein er verliert die freie Disposition [27]) über dies Vermögen, und es kann die Concursmasse nach ausgebrochenem Concurse mit keinen aus seiner, des Cridars, Person hergeleiteten neuen Lasten beschwert werden. Daraus folgt, daß dem Cridar aus der Concursmasse weder Alimente gebühren, noch daß er, wenn er später stirbt, aus ihr beerdigt wird; das hat vielmehr nöthigenfalls die Armenkasse zu besorgen, wenn nicht einer der besondern Fälle vorliegt, in welchem dem Cridar die Rechtswohlthat der Competenz von Rechtswegen zusteht. Aus diesem Grunde können ebenso wenig selbst die ehelichen Kinder des Cridars von nun an Alimente, oder eine nothwendige Ausstattung fordern, als ferner wegen einer Mora des Cridars Zinsen zu laufen anfangen können. Alle Verzugszinsen, welche erst nach Ausbruch des Concurses fällig werden würden, müßten daher vom Cridar persönlich getragen werden, weil die Veranlassung dazu vor Ausbruch des Concurses nicht vorhanden war und in dieser Beziehung alle Schuld nur seine Person trifft. Aus diesem Grunde kann man dann auch den Liquidationsproceß zwischen dem Cridar und seinen Gläubigern nicht diesem selbst überlassen; denn der deutsche Civilproceß kann ohne Dispositionsbefugniß über das Seinige nicht geführt werden, der Cridar aber entbehrt dieser nicht allein, sondern würde dadurch auch Gelegenheit bekommen, mancherlei Gratificationen bei Gelegenheit der Proceßführung vorzunehmen. Die Gesammtheit der Concursgläubiger kann aber ebenso wenig das Liquidationsverfahren besorgen, wollte sie auch, was zum wenigsten dazu nothwendig wäre, einen gemeinschaftlichen Curator dazu

---

25) L. 3 D. de cess. bon. (42, 3). L. 2, 4 C. qui bon. ced. poss. (7, 71). Gensler im Archiv für civil. Praxis, II, 357, 2; 358, §. 4.

26) L. 3, §. 8, D. uti possidet. (43, 17). Wernher, Observat. jur., VII, obs. 86.

27) Ueber das Römische Recht, §. 6 J. de act. (4, 6). L. 6, §. 7; 10, §. 26, D. quae in fraud. cred. (42, 8). Zimmern, Römischer Civilproceß, §. 82. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 341. Francke, a. a. O., S. 131. Bayer, a. a. O., § 24, Note 3.

ernennen; denn sie würde sich häufig dem Scheine und dem Vorwurfe von Collusionen aussetzen. Da nun aber die Concursgläubiger dem Gemeinschuldner dafür haften, daß aus seiner Vermögensmasse nichts bezahlt wird, was nicht erwiesenermaßen eine wirkliche Schuld des Cridars gewesen ist, die Auszahlung der Concursmasse aber nur nach vorgängigem Liquidationsverfahren, d. h. nachdem gerichtlich erwiesen ist, daß und wie viel jeder von den zu befriedigenden Gläubigern an den Cridar in Wahrheit zu fordern habe, erfolgen kann: so hat die Praxis den Ausweg gefunden, daß das Gericht, nicht aber die Creditoren, einen unparteiischen Rechtsgelehrten zur Führung aller Liquidationsprocesse ernennt, um in diesen die Rolle des Beklagten gegen alle eigentlichen Concursgläubiger zu übernehmen und nach seiner besten Einsicht und Ueberzeugung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über jede einzelne Forderung den Proceß in Bezug auf die Wahrheit derselben zu führen. Man nennt ihn den Contradictor[28]), und es wird dazu einer von den recipirten Advocaten erwählt, der natürlich dann keinem der Gläubiger assistiren kann, auch auf treue Erfüllung seines Amts noch besonders vereidet wird. Es geht aber dem Contradictor oder curator ad lites weder die Priorität der Gläubiger das Mindeste an, noch auch die Beitreibung der zur Concursmasse gehörigen Activen, indem er nur Beklagter sein soll. Selbst gegen die Vindicanten hat er genau genommen die Vertheidigung nicht zu führen, weil diese gegen die Concursgläubiger als dritte Personen auftreten, der Contradictor aber nur den Cridar passiv repräsentirt[29]). Aus diesem Gesichtspunkte folgt dann aber auch, daß es den Concursgläubigern freisteht, bei den Liquidationsprocessen zu interveniren[30]), sobald sie zu bemerken glauben, daß der Contradictor seine Pflicht nicht gehörig erfüllt. Dies könnte aber nicht geschehen, wenn der Contradictor ihr Anwalt wäre. Ebenso folgt

---

28) Stepf, Lehre vom Contradictor (2. Aufl. 1821). Schweppe, a. a. O., §. 102 fg. Puchta, Concursproceß, §. 179. Bayer, a. a. O., §. 42 fg. Schmid, a. a. O., §. 211, S. 231 fg.

29) Bayer, a. a. O., S. 122. Anderer Meinung: Schweppe, a. a. O., §. 97, 102. Puchta, a. a. O., §. 180.

30) Gottschalk, Discept., II, disc. 179.

daraus ferner, daß die rechtskräftig festgesetzte Liquidität der einzelnen angemeldeten Posten sich nur auf den gegenwärtigen Concurs bezieht, und daß der Cridar, welcher nachzahlen soll, weil er wieder zu Vermögen gekommen ist, eine nochmalige Liquidation fordern kann, da ihm das Benehmen des Contradictor, den er nicht erwählt hat, in keinem Falle entgegensteht [31]).

V. Allen diesen Rechtsverhältnissen des Cridars nach ausgebrochenem Concurse entspricht b) die Stellung der Concursgläubiger in Beziehung auf ihn. Denn diese sind, als Societät betrachtet, ihrem Mandanten verpflichtet, die Concursmasse bestmöglichst zusammenzubringen, auf das Vortheilhafteste zu verwalten, nach der gesetzlichen Vorschrift zu Gelde zu machen und die richtig befundenen Schulden des Cridars zu tilgen. Ueber das Alles sind sie, auf Verlangen, ihm Rechnung abzulegen schuldig und haften dabei für dolus und lata culpa [32]). Diese Verpflichtungen können die Concursgläubiger in eigener Person füglich nicht erfüllen, besonders wenn ihrer eine große Anzahl ist. Daher spricht schon das Römische Recht [33]) von einem gemeinschaftlichen Bevollmächtigten derselben, welcher eine Art von Institor in dieser Beziehung zu der Concursmasse ist und an Stelle aller Creditoren jenen Obliegenheiten sämmtlich genügen soll. Gewöhnlich nennt man ihn curator bonorum oder massae [34]) (Concurscurator oder Massepfleger). Er ist aber in der That nur ein gewöhnlicher Procurator, was zur Folge hat, daß den Concursgläubigern an seinem Vermögen keine Hypothek [35]), wie dies bei wahren Curanden der Fall ist, zusteht, diese sich viel-

---

31) de Boehmer, Nov. jus controv., III, obs. 80. Pufendorf, tom. I, obs. 176. Seuffert im Archiv für civil. Praxis, XI, 365 fg.

32) L. 8, §. 3; 9, §. 5, D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5). Die Worte der erstern Stelle, ex culpa autem rei non fiunt, sind nur von der levis culpa zu verstehen. Gothofredi Opera (edit. Trotzii), pag. 800. Hasse, Lehre von der Culpa, S. 197 fg., 246 fg.

33) L. 5, 9 D. de curator. furios. (27, 10). Bayer, a. a. O., §. 7, 13, Note 1 und die dort Genannten.

34) L. 15 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5). L. 2, 5 D. de curat. bon. dando (42, 1). Außer den im Compendium, §. 330, Note a Genannten, Schmid, a. a. O., §. 212, S. 236 fg. Bayer, a. a. O., §. 41.

35) L. 22, §. 1, D. de reb. auct. jud. (42, 5). Gensler im Archiv für civil. Praxis, II, 359.

mehr von ihm eine Caution bestellen lassen müssen, wenn sie in Ansehung seiner Pflichterfüllung gesichert sein wollen. Ihn wählen daher die Concursgläubiger auch noch jetzt nach Stimmenmehrheit, wie dies nach Römischem Rechte [36]) geschah, und das Concursgericht hat ihnen dabei nichts vorzuschreiben. Dieser Curator braucht daher auch kein Rechtsgelehrter [37]) zu sein, kann vielmehr sogar aus der Zahl der Concursgläubiger [38]) gewählt werden, weil diese ja für ihn zu haften verbunden sind. Damit aber die Concursgläubiger in dieser Rücksicht gesichert sind, muß der curator bonorum jährlich Rechnung legen, die Concursgläubiger haben dieselbe zu moniren und das Concursgericht hat im Nothfall darüber nach den Regeln des Rechnungsprocesses zu entscheiden. Es steht einem solchen Curator bei Herbeischaffung, Verwaltung und Veräußerung der Concursmasse nur das gewöhnliche Recht der Verwaltung zu, so daß, wenn ungewöhnliche Schritte [39]) geschehen, z. B. Vergleiche geschlossen oder zum Besten der Concursmasse, wie etwa zu einem nothwendigen Baue, Schulden contrahirt werden sollen, der Curator eines speciellen Mandats zu allen diesen Schritten bedarf. Um das zu solchem Ende Erforderliche zu beschließen, werden die Concursgläubiger zusammengerufen; bei Meinungsverschiedenheit entscheidet Stimmenmehrheit, welche, wie bei dem Nachlaßvertrage (§. 325, II.), nicht nach Köpfen, sondern nach der Größe der Forderung des Einzelnen zu berechnen ist [40]). Häufig würde sich aber zur Abkürzung solcher Geschäfte empfehlen, einen engern Ausschuß der

---

36) L. 15 D. de reb. auct. jud. L. 2 pr. D. de curat. bon. dando (42, 7).

37) Arg. L. 3, §. 4, D. de curat. bon. dando. Gensler, a. a. O. Anderer Meinung: Dabelow, Concurs, S. 581, Note u. Kori, Concursproceß, §. 83.

38) L. 2, §. 4, D. cit. L. 8, 9 pr. D. quib. ex caus. in poss. eatur (42, 4). Gensler, a. a. O., S. 360. Es scheint dies im Römischen Rechte die Regel gewesen zu sein.

39) Schweppe, a. a O., §. 57, 124. Gensler, a. a. O., S. 359; nach L. 2, §. 1, D. cit. (42, 7) hatte er freie Hand.

40) Schmid, a. a. O., S. 246. Hagemann, Prakt. Erört. VI, Erört. 72. Bayer, a. a. O., §. 41, Note 20, läßt die Frage unentschieden.

Creditoren gleich anfangs zu wählen, damit dieser statt Aller die Controle über den Curator führt, ihm mit Rath an die Hand geht und specielle Mandate, so oft solche nothwendig werden, ertheilt.

VI. Die zweite Hauptveränderung, welche ein ausgebrochener Concurs nach sich zieht, betrifft B. die Concursgläubiger unter einander[41]). Ihr Rechtsverhältniß kann nicht die Folge des mandatum in rem propriam sein, da sich dieses nur auf den Cridar bezog; ebenso wenig kann dasselbe aber aus der geschehenen Güterüberlassung allein beurtheilt werden. Die Concursgläubiger stehen vielmehr unter einander theils in einer stillschweigend eingegangenen Societät[42]), deren Object die Concursmasse ist, theils collidiren sie mit einander in Ansehung ihrer Ansprüche auf Bezahlung. Denn wenn man auch behauptet, daß nach ausgebrochenem Concurse die Lage sämmtlicher Concursgläubiger eine gleiche sei, so kann sich das doch auf die collidirenden Befriedigungsansprüche auf keine Weise beziehen; selbst nach dem Inhalte der angezogenen Gesetzstelle[43]) wird zwischen den Rechten der Creditoren, welche dem Concurse vorausgegangen sind und denjenigen unterschieden, welche erst später ihren Anfang nehmen, und nur auf diese letztern bezieht sich jene Aeußerung von Parität. Man kann daher mit Recht behaupten, daß kein Concursgläubiger nach Ausbruch des Conucrses eine neue und bessere Priorität erlange, auch daß keiner von ihnen isolirt bezahlt zu werden ein Recht habe. Hieraus ist dann auch über die Zulässigkeit der Compensation[44]) zu urtheilen, indem kein Concursgläubiger

41) Mackeldey, Lehrbuch, §. 773. Schmid, a. a. O., §. 209, insbesondere S. 215 fg. Bayer, a. a. O., §. 29.

42) Gönner, Handbuch, IV, Abh. 82, §. 26. Hagemann, Prakt. Erört., VI, Erört. 72. Anderer Meinung: Schweppe, a. a. O., §. 55. Schmid, a. a. O., S. 216, Note 65. Bayer, a. a. O., §. 29 a. E.

43) L. 6, §. 7, D. quae in fraud. cred. (42, 8).

44) Schmid, a. a. O., S. 210 fg. Bayer, a. a. O., §. 32, Nr. 2. Puchta, Pandekten, §. 390. Krug, Compensation, §. 68, 69. Dernburg, Die Compensation, S. 312. Anderer Meinung: Brinz, Von der Compensation, §. 5—24. Derselbe in den Blättern für Rechtsanwendung, S. 87 fg., besonders S. 99. — Vergl. Seuffert, Archiv für Entscheidungen, VIII, Nr. 214; IX, Nr. 235, 236.

dem Massevertreter diese Einrede entgegensetzen kann, sobald dafür nicht bereits vor eröffnetem Concurse dies venit; vielmehr müssen dergleichen Gegenforderungen im Concurse geltend gemacht werden, der einzelne Gläubiger aber muß seine Schuld an die Masse bezahlen. — Dagegen läßt es sich aber auch mit keinem Scheine des Rechts behaupten, daß die frühern Prioritätsverhältnisse der Creditoren unter einander durch den ausgebrochenen Concurs verändert[45]) werden; denn das sagt weder jenes Gesetz (Note 43), noch liegt es in der Absicht der Concursgläubiger, deren wohlerworbene Rechte doch nicht durch die zufällige Societät, in welche sie durch den Ausbruch des Concurses in Bezug auf die Concursmasse gesetzt werden, aufgehoben werden können, da sich diese Societät blos auf Verwaltung und Verwendung der Concursmasse bezieht. — Daher läßt es sich denn auch ferner nicht behaupten, daß das Retentionsrecht, welches vielleicht einzelnen Concursgläubigern an gewissen Bestandtheilen der Concursmasse zusteht, durch den Ausbruch des Concurses aufgehoben[46]) werde. Denn haben sich dieselben auch mit ihren Ansprüchen gemeldet, so fließt daraus höchstens die Verbindlichkeit, unbeschadet ihres besondern Rechts, die zu retinirenden Objecte im Concurse mitverkaufen zu lassen, damit nach ihrer Befriedigung der Ueberschuß der Concursmasse zu Theil werde. Daß ihnen aber ein qualificirtes Retentionsrecht, welches mit hypothekarischen Rechten verbunden ist, nicht anders entzogen werden könne, als wenn vorzüglichere Gläubiger im Concurse mitauftreten[47]), das folgt schon aus dem Mangel jeder Klage, wodurch die übrigen Gläubiger sie zur Auslieferung solcher Faustpfänder zwingen könnten.

VII. Was endlich C. das **Rechtsverhältniß dritter Personen** anlangt, welche theils zum **Cridar**, theils zu den

---

45) Puchta, Concursproceß, §. 158 a. E. fg. Bayer, a. a. O., §. 27.

46) L. 6 D. de pignerat. act. (13, 7). L. 15, §. 5, D. de re judic. (42, 1). Vergl. die im Compendium, Note u Genannten. Schmid, a. a. O., S. 205 fg. Bayer, a. a. O., §. 28, Note 1. Seuffert, IV, Nr. 197.

47) Schweppe, a. a. O.. §. 47, 60, 74. Spangenberg in der Zeitschrift, V, 196. v. Vangerow, Leitfaden, I, §. 382, Anm. Anderer Meinung: Schmid, a. a. O., S. 207 fg. Bayer, a. a. O., §. 28, Note 5. Vergl. auch Seuffert, a. a. O., VIII, Nr. 212.

Concursgläubigern, ohne selbst am Concurse theilzunehmen, in irgend einer Beziehung stehen, so kann man hierher auch die öffentlichen rechtlichen Verhältnisse rechnen, welche durch den Ausbruch des Concurses in Ansehung der Person des Gemeinschuldners [48]) entstehen. Denn dieser verliert wegen des Concurses häufig nicht nur gewisse Zunft- und Gewerbsrechte, sondern wird auch zu manchen Staats- und Ehrenämtern untauglich, ja geräth endlich wol gar in den Verdacht, einen böswilligen Bankrott gemacht zu haben, was ihm offenbar eine Criminaluntersuchung zuzieht. — Allein viel wichtiger und in Beziehung auf das Concursverfahren von Bedeutung sind die privatrechtlichen Veränderungen, welche in Folge des ausgebrochenen Concurses eintreten. Es gehört dahin 1) die Frage, ob Verträge, welche früher gültig vom Cridar errichtet worden sind und eine zweiseitige Leistung beider Contrahenten zur Folge haben würden, auch während des Concurses noch fortbestehen [49]), wenn dieselben von keiner Seite bereits völlig erfüllt sind. Speciell ist in dieser Beziehung gesetzlich verordnet, daß a) Compromisse zur schiedsrichterlichen Entscheidung, welche der Gemeinschuldner vor dem Ausbruche des Concurses abgeschlossen hat, mit diesem erlöschen [50]); b) daß alle Societätsverträge in Ansehung des Vermögens, welches der Cridar besaß, mit dem ausgebrochenen Concurse gültig zu sein aufhören [51]) und nur die Abrechnung für die Vergangenheit mit den Concursgläubigern zu pflegen ist; c) daß wenn der Cridar Pachter des Fiscus war, auch diese Pachtverträge mit dem Ausbruche des Concurses zugleich erlöschen [52]); daß dagegen alle andern Contractsverhältnisse, welche bereits gültig von dem Cridar eingegangen waren, durch

48) L. 11 C. ex quib. caus. infam. (2, 12). L. 25, §. 7, D. quae in fraud. cred. (42, 8). Reichspolizeiordnung von 1577, Tit. 23, §. 2. Reichsgutachten von 1. Aug. 1668. Bayer, a. a. O., §. 22.

49) Schweppe, a. a. O., §. 34. Gensler im Archiv für civil. Praxis, II, S. 350. Thibaut, Pandekten, §. 1223. Schmid, a. a. O., S. 217 fg. Bayer, a. a. O., §. 31 fg.

50) L. 17 pr. D. de receptis (4, 8).

51) L. 4, §. 1; 65, §. 1, D. pro socio (17, 2).

52) L. 2 C. de fund. rei privat. (11, 65).

den Ausbruch des Concurses weder activ noch passiv verändert werden [53]). — Daher haben zuvörderst die Concursgläubiger das Recht, Erfüllung der Contracte zum Besten der Masse ebenso gut zu verlangen, wie sie alle Activaußenstände der Masse einkassiren können. Sie sind sogar dem Cridar dafür verantwortlich, daß sie den Nutzen nicht versäumen, der aus solchen Contracten gezogen werden könnte. Wollen sie aber von diesem Rechte Gebrauch machen, so versteht es sich von selbst, daß sie auch ihrerseits die correspondirenden Pflichten zu erfüllen, also dasjenige zu leisten haben, was dem Cridar aus diesem Contracte oblag. — Wenn dagegen die Concursgläubiger es vorziehen, dergleichen Contracte nicht auszuhalten und sich vor der daraus dem Cridar gegenüber entstehenden Verantwortlichkeit nicht fürchten, so sind zwei Fälle zu unterscheiden: entweder hat der Cridar seinerseits Stücke seines Vermögens tradirt, um dem Contracte Genüge zu leisten, oder es ist das noch nicht geschehen. — Im letztern Falle sind die Concursgläubiger dem Contrahenten zur Erfüllung nicht verpflichtet, müssen sich vielmehr nur gefallen lassen, daß der Contrahent mit einer Entschädigungsklage wegen nicht erfüllten Vertrags bei dem Concursprocesse sich ebenfalls anmelde und damit gehörigen Orts classificirt werde. Es ist daher solchen Contrahenten zu rathen, den Liquidationstermin nicht zu versäumen und allenfalls von den Concursgläubigern eine Erklärung darüber zu fordern, ob sie den geschlossenen Contract erfüllen wollen oder nicht. Die Richtigkeit dieser Behauptung folgt daraus, daß die Concursgläubiger nicht auf dem Grunde eines universellen Titels, sondern auf dem eines singulären den Cridar repräsentiren, vermöge dessen sie allen den Personen, welche aus einer Verpflichtung des Cridars etwas an diesen fordern können, zu nichts Weiterm verbunden sind, als zur Aufnahme in die Concursgemeinschaft. Wollte man mehr behaupten, so würde jeder Gläubiger von den übrigen seine Zahlung fordern und dies im Cirkel herum zu demselben Resultate führen. Dem steht auch die angezogene Stelle des Römischen Rechts (Note 53) nicht entgegen; denn sie

---

53) L. 1, §. 8, D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5).

sagt nicht mehr, als daß die früher vor ausgebrochenem Concurse gültig geschlossenen Verträge fortwährend rechtsbeständig bleiben, allein keineswegs, daß die Concursgläubiger verpflichtet wären, dieselben zu erfüllen. — Wenn aber in dem erstern Falle der Cridar von seinem Vermögen zur Erfüllung solcher Contracte bereits vor Ausbruch des Concurses etwas abgeliefert hätte, was doch nun zur Concursmasse gehört, z. B. das verpachtete Grundstück tradirt, die Concursgläubiger aber wollten jenen Vertrag nicht aushalten, vielmehr das Object des Vertrags zurückfordern: so wird dies kaum anders geschehen können, als wenn sie entweder den geschlossenen Vertrag selbst mit der paulianischen Klage anfechten und den dazu erforderlichen schwierigen Beweis liefern, oder wenn unter ihnen hypothekarische Gläubiger sich befinden, welche mittelst der Pfandklage die Ablieferung von dergleichen Gegenständen zu verlangen berechtigt wären; denn die persönliche Klage [54]) aus dem Contracte auf Zurückgabe würde ihnen vor Beendigung des Vertrags nichts helfen, da einer solchen die Einrede aus dem Vertrage, z. B. die exceptio rei locatae entgegenstände, zumal diese eine Zurückweisung selbst des Cridars zur Folge haben würde.

VIII. Es gibt aber auch bei dem Concurse 2) Personen, welche berechtigt sind, dingliche Lasten erfüllt zu verlangen [55]), mögen diese nun Privatlasten oder öffentliche sein, welche auf den Bestandtheilen der Concursmasse ruhen. Solche Berechtigte haben seit dem Ausbruche des Concurses sich nicht mehr an den Cridar, sondern an die Concursgläubiger wegen aller solcher Lasten, welche von jetzt an fällig werden, zu halten; denn der Besitz der belasteten Objecte ist der Grund, warum die Concursgläubiger dergleichen Leistungen abzugewähren haben. Es gehören daher derartige Berechtigte insoweit zu den Massegläubigern, brauchen sich mit dem Contradictor in ein Liquidations-

---

54) Ueber die abweichenden Ansichten in Ansehung des Pachtvertrags außer Schmid, a. a. O., S. 200: Bayer, a. a. O., §. 31, Note 1. Liebe in Scholz III, und Gans, Magazin, II, S. 129 fg. Schenk in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XIII, S. 99 fg. Seuffert, Archiv der Entscheidungen, I, Nr. 390, 391; VI, Nr. 119, 120.

55) Schweppe, System, §. 40 fg. Schmid, a. a. O., S. 191 fg.

verfahren nicht einzulassen und werden im Prioritätsurtheile nicht mitaufgeführt, sondern in der Rechnung des Massecurators unter der Voraussetzung mit in Rechnung gebracht, daß ihre Ansprüche unbestritten sind, wogegen, wenn dies nicht der Fall ist, sie mit diesem Curator darüber zu processiren haben. Von solchen Lasten sind aber die Rückstände wohl zu unterscheiden, welche bereits vor Ausbruch des Concurses fällig waren; denn diese müssen als eine Schuld des Cridars gehörig angemeldet und nach vorhergegangener Liquidation gegen den Contradictor classificirt werden.

IX. In Ansehung endlich der Vindicanten[56]), welche aus der Concursmasse bestimmte Gegenstände, als ihnen eigen, fordern, zeigt sich der Erfolg, daß die persönliche Klage, welche sie etwa auf Zurücklieferung solcher Sachen gegen den Cridar haben können, z. B. aus einem Depositum, keineswegs hinreicht, um ihnen den Vorzug der Vindicanten zu verschaffen; daß sich dieselben vielmehr der dinglichen Klage und der dazu nöthigen Beweise bedienen müssen, was außer dem Concurse nicht nöthig sein würde. Ja, was noch mehr ist, die dingliche Klage fällt gänzlich hinweg, wenn das Object derselben in Natur sich nicht mehr unter der Concursmasse befindet, oder wenn es durch Specification so verändert worden ist, daß dadurch das dingliche Recht aufgehoben wurde. Es müssen sich folglich die Vindicanten auf den Beweis der natürlichen Existenz in der Concursmasse und auch auf die Widerlegung der Einrede einer Specification im Sinne des Römischen Rechts gefaßt machen. — Am wichtigsten ist hierbei noch die Frage, ob zu den Vindicanten auch solche hypothekarische Gläubiger gerechnet werden können, welche schon früher eine Hypothek auf Bestandtheile der Concursmasse hatten, ehe der Cridar diese Objecte erwarb. In der ältern Praxis[57]) und nach manchen Landes-

---

56) L. 24, §. 2, i. f. D. de reb. auct. jud. (42, 5). L. 5, §. 12, D. de tribut. act. (14, 4). Schweppe, a. a. O., §. 44, 45. Thibaut, Pandekten, §. 1224. Mackeldey, §. 777. Schmid, a. a. O., S. 188 fg.

57) Gmelin, Rangordnung der Gläubiger, Cap. II, §. 37. Hagemann, Prakt. Erört., VI, Erört. 39. Neuerdings vertheidigt von Wächter, Archiv für civil. Praxis, XIV, Abh. 15, S. 340 fg.

gesetzen sind dergleichen Pfandseparatisten zu den Vindicanten gezählt worden, so daß sie sich in den Concurs gar nicht würden einzulassen brauchen. Einigen Anschein hätte dies allerdings, wenn ihnen nicht einmal eine persönliche Klage gegen den Cridar zustand, weil er z. B. lediglich als dritter Besitzer der verpfändeten Gegenstände anzusehen war; allein in der neuesten Zeit [58]) ist das ganze Separationsrecht mit sehr gewichtigen Gründen bestritten, auch in den meisten neuern Gesetzen aufgehoben worden. — Allen Vindicanten steht nach gemeinem Rechte die Präclusion durch die Edictalladung nicht entgegen, weil in dieser der Verlust eines selbständigen Realrechts nicht angedroht werden kann, diesen vielmehr die Befugniß zusteht, das Object ihres Rechts aus den Händen jedes dritten Besitzers zurückzufordern. Am wenigsten ist dies der Fall, wenn sie Naturalbesitzer des Objects sind, denn der Besitzer als solcher kann zur Klagerhebung nicht provocirt werden; Edictalladungen enthalten aber eine provocatio ad agendum.

§. 323.

b) Veranlassung und Anfang des förmlichen Concurses.

I. Veranlassung zur Eröffnung des Concursverfahrens waren nach Römischem Rechte entweder eine ausdrücklich gerichtliche Erklärung des Gemeinschuldners, bonis cediren [1]) zu wollen, was man gewöhnlich, weil eine solche Erklärung dem Cridar mehre Vortheile verschaffte, die Berufung auf das beneficium cessionis bonorum nennt, oder ein einseitiger Antrag der Gläubiger, welche selbst in der Executionsinstanz ihre Befriedigung nicht fanden und daher um eine missio in bona nachsuchten. In beiden Fällen wurde der Schuldner wegen der vorliegenden Insolvenz der Disposition über sein Vermögen beraubt,

---

58) Thibaut, Pandekten, §. 655, Derselbe, Civilist. Abh., S. 311 fg. Derselbe, Archiv für civil. Praxis, XIV, Abh. 10, S. 235 fg. Spangenberg, daselbst, X, Abh. 19, S. 404 fg. Löhr, daselbst, XIV, Abh. 6, S. 155 fg.

1) L. 4 C. qui bonis ced. poss (7, 71). Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 353. Bayer, Concursproceß, §. 12.

theils durch jene Erklärung, theils durch eine gerichtliche Verfügung, so daß es keinen Zweifel leiden konnte, mit welchem Zeitpunkte das Concursverfahren seinen Anfang genommen habe. Wichtig ist dies allerdings, theils um die Ungültigkeit späterer Verfügungen des Cridars behaupten zu können, ohne sich erst der paulianischen Klage bedienen zu müssen, theils um zu wissen, wann die Gemeinschaft zwischen den Concursgläubigern ihren Anfang nehme, was z. B. auf die Compensation einen so bedeutenden Einfluß hat. Heutigentags[2]) kommen aber jene beiden Veranlassungen des Concursprocesses nur sehr selten vor, dagegen sind aber neu hinzugekommen 1) die Erklärung des Cridars, daß er insolvent sei, ohne zugleich sein Vermögen ausdrücklich abzutreten. Hierin liegt nun zwar eine genügende Veranlassung, concursmäßig zu verfahren, jedoch kein namentlicher Verzicht des Gemeinschuldners auf seine Dispositionsbefugniß. 2) Noch häufiger wird auf Antrag der Gläubiger Concurs eröffnet, ohne eine völlige missio in bona vorzunehmen, und endlich wird 3) auch von Amtswegen der Concurs alsdann[3]) eröffnet, wenn der Cridar die Flucht ergreift[4]) oder verstirbt[5]) und sich keine Erben finden wollen. Denn in solchen Fällen muß schon aus polizeilichen Rücksichten das Vermögen, bezüglich der Nachlaß nicht ohne Aufsicht gelassen, wenngleich eine missio in bona den Gläubigern nicht sofort ertheilt werden.

II. Könnte man nun gleich die letztern Fälle theils als eine Dereliction des Vermögens, theils wegen der vorzunehmenden Versiegelung als der missio in bona analog betrachten, so ist das doch nicht genügend, um den Anfang des Concurses zu bestimmen, und zwar um so weniger, als namentlich bei der Insol-

---

2) Bayer, a. a. O., §. 45. Schmid, Handbuch, III, 278 fg., §. 216.

3) Weiter gehen Gönner, Handbuch, IV, 512 fg. Reinhardt, Vom Gantverfahren, §. 50, Nr. 4. Dagegen Lotz, Archiv für civil. Praxis, III, 77 fg. Puchta, Concursproceß, §. 118 fg. Bayer, a. a. O., §. 45. Schmid, a. a. O., S. 285 fg.

4) Schweppe, System des Concurses, §. 107, 1; 108, 1. Anderer Meinung: Lotz, a. a. O., S. 92. Bayer, a. a. O., S. 131. Schmid, a. a. O., S. 286.

5) Vergl. die Note 4 Genannten.

venzerklärung erst noch Edictalien erlassen werden, um vielleicht ein gütliches Arrangement zu treffen. Daher sollten heutigentags alle Gerichte durch einen ausdrücklichen Beschluß[6]) bestimmen, wie bald sie das Concursverfahren zu eröffnen die Absicht haben. Sollte aber ein solcher Beschluß fehlen, so bleibt nichts Anderes übrig, als in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob wenigstens eine stillschweigende Entsagung des Cridars auf sein Dispositionsrecht vorliegt, oder ob eine Verfügung des Gerichts getroffen worden ist, wodurch der Schuldner deutlich genug dieses Dispositionsrechts entsetzt wurde. Bis dahin, wo dies geschehen, kann von einer Nichtigkeit der Verfügungen, welche der Cridar getroffen hat, nicht die Rede sein.

§. 324.

c) Vom Concursverfahren überhaupt.

I. Aus der Universalität des heutigen Concursprocesses folgert man nicht nur, und zwar mit Recht, die alleinige Competenz des universellen Gerichtsstandes[1]) des Gemeinschuldners, um Concurs gegen ihn erkennen und verhandeln zu können, sondern man schreibt diesem Gerichtsstande auch eine den Gesetzen unbekannte Anziehungkraft zu. Begründet ist diese allerdings zunächst in Ansehung aller Prioritätsstreitigkeiten[2]), welche zwischen den Concursgläubigern zu entscheiden sein könnten, gesetzt, dieselben wären auch durch Intervention schon früher bei einem andern Gerichte zur Sprache gekommen; denn dann müßten diese Processe dort sistirt und bei dem Concursgerichte fortgesetzt werden, weil es nur ein einziges Prioritätsurtheil gibt. — Sodann ist diese Anziehungskraft aber auch begründet in Ansehung der Güter[3]) des Gemeinschuld-

---

6) Gönner, Handbuch, IV, Abh. 82, §. 18 fg. Bayer, a. a. O., §. 44, 46, S. 135. Schmid, a. a. O., S. 281.

1) Dabelow, Concurs, S. 716 fg. Schweppe, System, §. 92. Gönner, Handbuch, IV, Abh. 82, §. 13. Bayer, Concursproceß, §. 34. Schmid, Handbuch, III, 248, §. 213.

2) Dabelow, a. a. O., S. 720. Lotz, Civil. Abhandl., S. 204 fg.

3) Dabelow, a. a. O., S. 746 fg. Gönner, a. a. O., IV, Abh. 82,

ners, denn es muß die ganze Concursmasse, welche in dem nämlichen Staate belegen ist und wol gar auch die im Auslande liegende, wenn Staatsverträge dies mit sich bringen, der Disposition des Concursgerichts überlassen werden, sofern kein genügender Grund zu einem Particularconcurse vorhanden ist. Man darf jedoch von diesem Dispositionsrechte des Concursgerichts nicht auf die eigene Vollziehung der Beschlüsse dieses Gerichts schließen, da diese niemals außerhalb des Gerichtsbezirks stattfindet. — Wenn man hingegen häufig behauptet, daß der Gerichtsstand des Concurses auch alle Rechtsstreitigkeiten an sich ziehen könne, welche nur die Liquidität, also die Wahrheit des Anspruchs an den Cridar betreffen, so läuft das in Ansehung der schon früher anhängigen Processe offenbar gegen die Bestimmung des Römischen Rechts [4]) und läßt sich nicht einmal gegen die inländischen Gerichte, besonders die höhern, vor welchen dergleichen Processe etwa in der Appellationsinstanz anhängig sind, realisiren. — Aber auch in Ansehung neu anzubringender Klagen kann jener Satz darum nicht unbedingt als geltend betrachtet werden, weil damit dem Kläger die Wahl des Gerichtsstandes genommen wäre, welche ihm selbst dann nicht entzogen werden könnte, wenn man auch in den Edictalien eine provocatio ad agendum erblicken wollte; denn dadurch wird dem Provocaten jene Wahl in der Hauptsache nicht genommen. Für den Zweck des Concurses ist es aber nicht nothwendig, daß alle Liquidationsprocesse bei dem Concursgerichte geführt werden; denn wenn nur die vollständige Anmeldung der Ansprüche daselbst erfolgt und demnächst das rechtskräftige Endurtheil dem Concursgerichte vorgelegt wird, so reicht das vollkommen hin, um die Uebersicht aller Schulden zu gewinnen. Auch kann sich der Contradictor nicht weigern, die Liquidationsprocesse vor jedem zuständigen Gerichte zu führen, weil der Cridar, den der Contradictor in dieser Beziehung repräsentirt, dies ebenfalls nicht verweigern durfte.

---

§. 10. Puchta, Concursproceß, S. 51 fg. v. Bülow u. Hagemann, Prakt. Erört., I, Erört. 62.

4) L. 30 D. de judic. (5, 1). Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet.

II. Zur Erleichterung der Geschäfte des Richters bei Leitung des Concursverfahrens dient vor allen Dingen eine zweckmäßige Actenführung [5]). Dabei ist dann aber das Princip der Chronologie nicht ausreichend, vielmehr müssen die Concursacten nach dem allgemeinen Principe gesondert werden, daß alle die Verhandlungen, welche unter sich einerlei rechtliche Natur haben, von den andern aber sehr verschieden sind, namentlich dann getrennt werden müssen, wenn sie mehre Actenstücke erzeugen. Der Zweck dieser Separation ist, das Nachschlagen und die Uebersicht zu erleichtern und die Aufmerksamkeit nicht zu zerstreuen. Daher ist das, was alle Gläubiger interessirt, von dem zu sondern, was nur Einzelne angeht, jenes bildet das volumen generale, dieses die Specialactenstücke; sodann ist das, was die Masse betrifft, von dem zu trennen, was die Schulden angeht. Man wird daher zweckmäßig die Generalactenstücke unterscheiden, je nachdem sie die Eröffnung des Concurses, die Masse, die Schulden und Prioritäten im Allgemeinen und die Vertheilung der Masse umfassen.

III. Wenn der Concursproceß auch stets auf definitive Regulirung dieser Masse gerichtet ist und nicht blos auf eine provisorische, wobei dann noch eine Verhandlung in separato nöthig wird, denn dazu fehlt hier die Zeit, so ist doch, was das Verfahren [6]) betrifft, die Verhandlung desselben regelmäßig eine summarische [7]), ebenso wie in Ehesachen auch eine definitive Entscheidung bezweckt wird, die Verhandlung aber summarisch stattfindet. Dabei ist es aber nicht zu vermeiden, daß indirect von Amtswegen [8]) das Verfahren durch Erinnerungen des Curators und Contradictors beschleunigt werde, weil davon der öffentliche Credit mit abhängt. Es hat dasselbe daher in der Art des

---

5) Martin u. Walch, Magazin, I, 123 fg. Gönner, a. a. O., IV, Abh. 82, §. 35. — Vergl. G. A. Martin, Vollständige separirte Concursacten (Jena 1827).

6) Bayer, a. a. O., §. 35.

7) Doch findet gegen den Contradictor kein anderer bestimmt summarischer Proceß statt. Gönner, a. a. O., §. 15. v. Langenn u. Kori, Praktische Erörterungen, I, Abh. 8.

8) Hagemann, Erörterungen, VI, Erört. 35.

Verfahrens wol Aehnlichkeit mit dem in Vormundschaftssachen [9]) beobachteten, allein nicht in Ansehung der Rechte des Gerichts, da die Societät der Gläubiger an sich nicht unter Curatel steht, sondern frei verfügt.

§. 325.

3) Abwendung des drohenden Concursprocesses.

I. Die Mittel zur Abwendung eines Concurses [1]) haben zugleich den Zweck und Erfolg, entweder A. die Schuldsumme zu vermindern, Accord, Nachlaßvertrag, oder B. ungewöhnlich lange Zeit zur Zahlung, bezüglich Erholung dem Cridar zu verschaffen, Stundung im Allgemeinen; dies wiederum geschieht entweder durch eine Verfügung des Landesfürsten, Indult oder Moratorium, oder durch ein Uebereinkommen mit den Gläubigern, Stundungsvertrag.

II. Das radicalste Mittel von allen ist der Nachlaßvertrag [2]). Dieser ist entweder freiwillig, wenn alle Gläubiger einzeln beistimmen, oder nothwendig, wenn sie dazu gezwungen werden. Im Römischen Rechte [3]) kommt ein einziger solcher Fall bei Antretung einer insolventen Erbschaft vor, indem der Erbe, ehe er sie antritt, den Erlaß eines Theils der Ansprüche an den Verstorbenen zur Bedingung seines Erbschaftsantritts machen, und bei der Uneinigkeit der Gläubiger durch die Mehrheit der Stimmen wenigstens unter den chirographarischen Gläubigern gerichtlich durchsetzen konnte. Durch einen solchen nothwendigen Nachlaßvertrag wird bestimmt, daß jeder Gläubiger entweder die Schuld des Erblassers auf ein bestimmtes Quantum

---

9) Puchta, Concursproceß, §. 32. Bayer, a. a. O.

1) Außer den im Compendium, Note * Genannten: Schmid, Handbuch, III, 259 fg., §. 215 Bayer, Concursproceß, §. 36 fg.

2) Dabelow, Concurs, S. 283 fg., 449, 558 fg. v. Langenn u. Kori, Praktische Erörterungen, III, Abh. 15. Heffter im Archiv für civil. Praxis, X, 337. Schmid, a. a. O., S. 268 fg. Bayer, a. a. O., §. 38, 39.

3) L. 7, §. 17—19; 8, 9, 10, pr. D. de pact. (2, 14). L. 23 D. quae in fraud. cred. (42, 8). L. 58, §. 1, D. mandati (17, 1).

vermindere, oder sonst an seinen Rechten, als solchen, etwas nachlasse. Es waren aber an einen nothwendigen Nachlaßvertrag nur die chirographarischen Gläubiger, einschließlich der privilegirten, gebunden, jedoch auch diese nur unter folgenden Voraussetzungen: es mußten sämmtliche Concursgläubiger, mit Ausschluß der hypothekarischen, gerichtlich zusammenberufen und die Mehrzahl auch erschienen sein; sodann mußte die Majorität der Erschienenen zugestimmt haben, wobei diese Majorität zunächst nach der Größe der Summe der Forderungen, und wenn diese auf beiden Seiten gleich war, nach der größern Zahl der dafür Stimmenden berechnet wurde, so jedoch, daß bei Stimmengleichheit der vornehmere Rang der Gläubiger und endlich die dem Cridar günstigere Meinung entschied. Um den Vertrag zu vollenden, mußte die gerichtliche Bestätigung, da nöthig nach vorgängiger Sacherörterung, hinzutreten. Davon aber, daß ein solcher Nachlaßvertrag auf einen Schuldner, über dessen Vermögen bei Lebzeiten Concurs ausbricht, ebenmäßig anzuwenden sei, enthält das Römische Recht kein Wort. Man muß daher annehmen, daß die bei insolventen Erbschaften gesetzlich gemachte Ausnahme auf eigenthümlichen Gründen beruhe, wie deren denn auch theils in dem Schimpf, keinen Erben zu haben[4]), theils in dem Mangel der Hoffnung, daß der Cridar zu bessern Vermögensverhältnissen kommen könne, gesucht werden müssen, und deshalb eine Ausdehnung dieser Ausnahme nicht gestatten. Allein die Praxis[5]) und die Landesgesetze übersahen dies bisher, und nahmen auch den nothwendigen Nachlaßvertrag bei allen Concursen und in jedem Zeitpunkte eines solchen an. Bei Abfassung der Vorschläge zu einem derartigen Nachlaßvertrage bildet eine offene, wahre Vermögensaufstellung die Grundlage, die Vorschläge selbst aber müssen auf die Priorität ebenso als auf die Sicherheit der Erfüllung gebührende Rücksicht nehmen.

III. Was die Stundung[6]) im Allgemeinen betrifft, so

---

4) L. 23 D. quae in fraud. cred. (42, 8.)

5) Dabelow, a. a. O., S. 499. Heffter, a. a. O., S. 339. Schmid, a. a. O., S. 369. Bayer, a. a. O., §. 39. Seuffert, Archiv der Entscheidungen, I, Nr. 150; V, Nr. 265.

6) Dabelow, a. a. O., S. 157 fg. v. Bülow u. Hagemann, Prak-

ist diejenige, welche durch einen Vertrag mit den Gläubigern erreicht wird (Stundungsvertrag) nach Römischem Rechte [7]) in allen Concursfällen, nicht blos bei Nachlaßconcursen, durch Stimmenmehrheit der Gläubiger, sogar gegen die hypothekarischen durchzusetzen. Auch hier wird die Bewilligung der Nachsicht erzwungen, sobald die Inhaber der größern Forderungssummen, oder die größere Personenzahl der Gläubiger dafür stimmen; im Falle der Gleichheit soll ohne Rücksicht auf den vornehmern Rang des Gläubigers die billigere Meinung entscheiden. Auf länger als auf fünf Jahre konnte jedoch ein solcher Vertrag nicht abgeschlossen werden, die Rechte jedes Gläubigers blieben dabei unverändert, und wurden diese fünf Jahre bei der Verjährungszeit nicht mitgezählt. Die Voraussetzungen eines solchen Vertrags sind die nämlichen, wie beim Nachlaßvertrag.

IV. Zu der Stundung gehört sodann das Moratorium [8]), worunter man das vom Landesfürsten ertheilte Privilegium zu verstehen hat, kraft dessen eine Zeitlang die Execution gegen einen Schuldner wegen fälliger Schulden untersagt wird, damit er sich erhole. Ein solches Moratorium sollte nur aus Gründen des öffentlichen Wohls ertheilt werden, was namentlich bei einem allgemeinen Moratorium eintreten wird, d. h. bei einem solchen, welches allen Schuldnern in einem ganzen Lande oder einer Provinz wegen allgemeiner Unglücksfälle ertheilt wird. Allein die römischen Kaiser gaben auch ohne Rücksicht auf Gründe des Gemeinwohls öfters einzelnen Schuldnern specielle Moratorien, jedoch nicht über fünf Jahre und nur wenn der Schuldner Bürgschaft stellte, die Masse in der Zwischenzeit nicht deterioriren zu wollen. Letzteres ist in der Praxis nicht üblich, allein man verlangt statt

---

tische Erörterungen, I, Erört. 63. Schweppe, System, §. 13. Spangenberg in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, VI, 135 fg. Schmid, a. a. O., S. 263. Bayer, a. a. O., §. 37. Seuffert, a. a. O., V, 264.

7) L. 8 C. qui bon. ced. poss. (7, 71).

8) L. 2, 4 C. de precib. imperat. (1, 19). Reichspolizeiordnung von 1548, XXII, 2. Reichspolizeiordnung von 1577, XXIII, 4. Die im Compendium, Note b Genannten. Dabelow, a. a. O., S. 151 fg., 173 fg., 500 fg. Schweppe, a. a. O., §. 13. Schmid, a. a. O., S. 259 fg. Bayer, a. a. O., §. 36.

dessen zunächst einen durch Unglücksfälle zurückgekommenen Schuldner, dann die Darlegung der Wahrscheinlichkeit, daß er sich erholen werde. Es muß daher eine summarische Kenntniß der Schulden und Vermögenslage, auch ein Gehör der Gläubiger über das Gesuch vorangehen. — Gegen Vindicationsansprüche ist jedoch das Moratorium ohne Bedeutung, ja es suspendirt nicht einmal die Proceßführung bis zur Definitiventscheidung, welche dadurch unbehindert in Rechtskraft übergeht.

§. 326.

II. Von den einzelnen Handlungen des Concursprocesses.

1) Von der Eröffnung desselben.

Die vorbereitenden Erörterungen [1]) darüber, ob im einzelnen Falle die Eröffnung des Concursverfahrens gehörig begründet sei, sind öfters sehr kurz, namentlich wenn der Cridar aus freien Stücken sich gerichtlich insolvent erklärt, was heutigentags durch eine cessio bonorum, ohne Beobachtung irgend einer Form, vor Gericht geschehen kann. In diesem Falle werden nur dann mehre Verhandlungen vorkommen, wenn der Cridar damit zugleich ein Moratorium oder einen Nachlaßvertrag zu erlangen sucht. Bis zur Erledigung dieser sind dann vorsichtigerweise alle die provisorischen Maßregeln zu ergreifen, welche zur Sicherung der Masse nothwendig sind. Zu den Vortheilen einer solchen Vermögensabtretung [2]) gehören für den Cridar vor allem die Befreiung vom Personalarrest [3]), dann aber die Wohlthat der Competenz [4]), solchen Concursgläubigern gegenüber, welche, wenn der

---

1) Puchta, Concursproceß, §. 132. Schmid, Handbuch, III, 278 fg., §. 216. Bayer, Concursproceß, §. 46 fg.

2) Dabelow, Concurs, S. 122 fg., 506, 515 fg. Schweppe, System, §. 28. Puchta, a. a. O., §. 27 fg. v. Bethmann-Hollweg, Handbuch, I, 345. Schmid, a. a. O., S. 284, Note 16.

3) L. 1, 8, pr. C. qui bon. ced. poss. (7, 71). L. 11 C. ex quib. caus. infam. (2, 12).

4) L. 4 D. de cess. bon. (42, 3).

Cridar sich erholt, Nachzahlungen fordern. Vorausgesetzt wird jedoch, daß der Cridar unverschuldeterweise [5]) in Concurs gefallen ist und daß es sich nicht um eine Schuld aus einem Verbrechen, sondern um eine aus erlaubtem Grunde handelt. — Dagegen ist dieses präparatorische Verfahren alsdann einem Rechtsstreite mehr ähnlich, wenn gegen den Willen des Cridars der Concursproceß wider ihn eröffnet werden soll; denn dann muß darüber ein summarisches Wechselverfahren zu Protokoll statthaben und ein Erkenntniß gefällt werden, welches freilich nur ein Interlocut ist, folglich nur eine Extrajudicialberufung [6]) veranlassen kann, namentlich in Ansehung der Provisorien, die darin getroffen worden sind. In dem Decret, durch welches die Eröffnung des Concurses verfügt wird, wird dem Cridar bei Strafe der Nichtigkeit jede Verfügung über sein Vermögen untersagt, Zahlungen an ihn als ungültig bezeichnet und Liquidationstermin anberaumt.

§. 327—336.

2) Vom Concursverfahren selbst.

I. Ist nun so viel befunden, daß genügender Anlaß, den Concursproceß gegen den Cridar zu eröffnen, vorlag, so lassen sich in dem Concursverfahren [1]) selbst drei Perioden unterscheiden: 1) das Verfahren vor dem Tage der Schuldenanmeldung, dem Liquidationstermine, 2) das in diesem Termine und 3) das der wahren Concursverhandlung nach jenem Termine. — Alles, was in der ersten Periode geschieht, sind nur Maßregeln der Vorsicht und der Ordnung, welche entweder die Masse oder die Schulden betreffen. In Ansehung der

---

5) Arg. L. 51 pr. D. de re judic. (42, 1). Reichsabschied, Anh. von 1671, Nr. 10.

6) Gönner, Handbuch, IV, Abh. 82, §. 25. Schweppe, a. a. O., §. 110. Bayer, a. a. O., §. 46 a. E.

1) Puchta, Concursproceß, §. 146 fg. Mackeldey, Lehrbuch des Römischen Rechts, §. 787 fg. Bayer, Concursproceß, §. 48 fg. Schmid, Handbuch, III, 289 fg., §. 217 fg.

Sicherstellung der Activmasse wird das Erforderliche wegen der abwesenden und unbekannten Gläubiger, die sich selbst nicht vertreten können, von Amtswegen unter Zuziehung der bekannten Gläubiger verfügt. Es werden zu dem Ende die Mobilien des Cridars möglichst bald versiegelt, oder sonst in gerichtliche Verwahrung gebracht, auch falls sie sich nicht wohl aufbewahren lassen, veräußert, während sonst damit bis nach Entscheidung über Fortsetzung oder Sistirung des Concurses im Liquidationstermine und mit Rücksicht auf etwaige Vindicationsansprüche zu warten ist. Nicht weniger wird auf provisorische Ernennung eines Massepflegers, auch wol mit einem öffentlichen Veräußerungsverbot an den Cridar verfahren. — In Ansehung der Schulden wird, damit im Liquidationstermine ein Beklagter nicht fehle, zeitig ein Contradictor bestellt, sodann aber, damit alle Gläubiger sich melden, welche an dem Concurse theilnehmen wollen oder präcludirt werden dürfen, Edictalien bezüglich Specialladungen erlassen. Die Edictalladungen sind drei mal öffentlich bekannt zu machen, enthalten einen bestimmten Tag als Liquidationstermin und für die sich nicht Meldenden die Androhung, daß sie von der jetzigen Concursmasse ausgeschlossen werden würden. Diese Ladungen sind peremtorisch, nicht aber, wie Einige [3]) wollen, monitorisch; denn dies würde gegen den wahren Begriff einer monotorischen Ladung verstoßen, weil eine solche Verhandlungen voraussetzt, wobei die Parteien nicht selbst thätig sind. Besonders geladen [4]) werden, wie dies aus der subsidiären Natur der Edictalladung sich ergibt, die bereits bekannten Gläubiger, das sind die, welche bereits klagend aufgetreten sind, in Ansehung deren aber sich weder die Befriedigung noch die Verjährung ihrer Forderung aus den Acten ergibt. Die sich nicht meldenden Gläubiger sind nur von dieser Concursmasse

---

2) Gönner, Handbuch, IV, Abh. 82, §. 29, 30. Bayer, a. a. O., §. 49. Schmid, a. a. O., S. 292 fg.

3) Dabelow, Concurs, S. 525.

4) Schweppe, System, §. 113. Puchta, a. a. O., §. 157. Bayer, a. a. O., S. 145 (4. Aufl.). Anderer Meinung: Gönner, a. a. O., IV, Abh. 82, §. 30. Hassenpflug in Elvers' Themis, I, 135 fg. Dagegen v. Zu Rhein, Beiträge zur Gesetzgebung, II, 139 fg.

auszuschließen [5]), nicht aber mit ewigem Stillschweigen zu bedrohen, weil dies gegen die ausdrücklichen Vorschriften des Römischen Rechts [6]) verstoßen würde.

II. Die zweite Periode des Concursverfahres ist der Liquidationstermin [7]), eine Tagefahrt, welche die Basis alles weitern Verfahrens bildet. Er soll vorzüglich dazu dienen, eine Uebersicht aller Ansprüche an die Masse dem Gericht wie den Gläubigern zu verschaffen, daher in demselben die Ungehorsamsbeschuldigung gegen die nicht Erschienenen erfolgen muß. Hingegen kann an diesem Tage nicht jede angemeldete Forderung beantwortet und erwiesen werden, vielmehr erfolgt nur die Weisung an den Contradictor, nunmehr mit den einzelnen Gläubigern über ihre Ansprüche rechtlich zu verfahren. Wohl aber ist diese Versammlung der Concursgläubiger weiter dazu zu benutzen, um über das, was für Alle von Interesse ist, in Güte zu verhandeln. Dahin gehört die Beilegung des Concurses durch Vergleich, die Ernennung des Massecurators und des engern Ausschusses, die Suspension der Liquidirung solcher Posten, welche nach der Quantität der Masse und nach Beschaffenheit der Priorität der Uebrigen nicht hoffen können, auch nur antheilig befriedigt zu werden. Ueber das Protokoll, welches in dem Termine aufgenommen wird, enthält §. 329 des Comp. das Entsprechende, und ist nur noch zu gedenken, daß die einzelnen Gläubiger mit fortlaufenden Zahlen zu bezeichnen und dabei so aufzuführen sind, daß jeder mit allen seinen Posten der Reihe nach Platz findet, ehe man sich zu einem andern wendet. Auch ist dabei möglichst darauf zu sehen, daß die schon bekannten klagenden Gläu-

---

5) Dabelow, a. a. O., S. 522 fg. Puchta, a. a. O., §. 166. Schmid, a. a. O., S. 293. Bayer, a. a. O., §. 55 fg.

6) L. 10, pr. C. de bon. auct. jud. (7, 72) Post completum autem tempus, nullam eis esse licentiam — actiones autem, quas ex legibus sibi competere putaverint, contra suos exercere debitores.

7) Schweppe, a. a. O., §. 115. Schmid, a. a. O., §. 218, III, 307 fg. Bayer, a. a. O., §. 50. Schmid, a. a. O., Note 1. Bayer, a. a. O., §. 49, Note 1, finden es zweckmäßiger, denselben „Professionstermin" zu nennen. — Ein Formular in G. A. Martin, Vollständ. Concursacten, Vol. gen. III, No. XIII.

biger von den neuen persönlich oder durch Bevollmächtigte gegenwärtig, und endlich von diesen wiederum diejenigen, welche blos schriftlich ihre Forderungen angemeldet haben, unterschieden werden:

III. Die dritte Periode der wahren Concursverhandlung nach dem Liquidationstermine enthält im Ganzen zweierlei Gattungen von Geschäften: 1) Curatelgeschäfte, 2) eigentliche Proceßverhandlungen. Die Curatelgeschäfte [8]) sind bestimmt, den Umfang der Concursmasse zu erforschen, deren Verwandlung in Geld zu besorgen und deren Benutzung bis zur Auszahlung möglich zu machen. Bei allen diesen Geschäften haben die Gläubiger als freie Eigener der Concursmasse, nicht das Gericht, die entscheidende Stimme. Eigentliche Proceßverhandlungen [9]) kommen aus allen Instanzen des Civilprocesses und zwar theils zwischen den verschiedenen Concursgläubigern, welche sich gemeldet haben, und dem Contradictor wegen der Richtigkeit der angegebenen Forderung, theils zwischen den collidirenden Mitgläubigern über die Priorität unter sich, theils gegen die Ungehorsamen vor. Nur drei Verfügungen aus dieser Periode gibt es, die sonst nirgends angetroffen werden: das Präclusivdecret, das Prioritätsurtheil und der Distributionsbescheid.

IV. Der Präclusivbescheid [10]) ist ein Contumacialerkenntniß gegen Diejenigen, welche sich hätten melden können und es nicht thaten. Bei der Präclusion ist die eigentliche von der uneigentlichen zu unterscheiden; jene erfolgt, wenn ein Anmelden überhaupt unterblieben, diese ist die Folge einer unterbliebenen gehörigen Fortsetzung einer angemeldeten Forderung.

---

8) Puchta, a. a. O., §. 178. v. Bülow u. Hagemann, Erörterungen, I, Erört. 66. Ueber die einzelnen Handlungen vergl. Compendium, §. 330 und die dort Genannten. Schmid, a. a. O., III, 235 fg., §. 212.

9) Schmid, a. a. O., III, 310 fg., §. 219. Bayer, a. a. O., §. 58 fg.

10) Schweppe, a. a. O., §. 118. Bayer, a. a. O., §. 56. Für unnöthig halten ihn Dabelow, a. a. O., S. 542 fg.; Gönner, a. a. O., S. 584, welche annehmen, daß die Präclusion mit dem Ablaufe des Liquidationstermins ipso jure eintrete.

Das Römische Recht [11]) kannte dieses Decret nicht, sondern bestimmte einen zweijährigen, bezüglich vierjährigen Zeitraum zur Anmeldung der Forderung. Nach der jetzigen Einrichtung des Concursverfahrens und da keine richterliche Frist ohne Weiteres peremtorisch ist, kann dasselbe nicht wegbleiben, wenn nicht eine Verbesserung des Ungehorsams nachgelassen bleiben soll. Dieser Bescheid gehört in die Generalacten und ist ebenso bekannt zu machen wie die Edictalien.

V. Auch das Prioritätsurtheil [12]) ist dem Römischen Rechte unbekannt, weil der curator bonorum als Stellvertreter des Prätors die Masse austheilte, es auch wenig schwierig war, weil nur die chirographarischen Gläubiger concurrirten und unter diese regelmäßig nur eine Ratenzahlung erfolgte. Die Zweckmäßigkeit sowie die Einrichtung des jetzigen Concursverfahrens, als eines Universalverfahrens, führte dasselbe ein. Es ist dieses Urtheil kein definitives, sondern nur ein Beweisinterlocut hinsichtlich des bereits Liquiden und enthält ein Provisorium rücksichtlich der Priorität, weshalb die Clausel hinzuzufügen ist, daß es unbenommen bleibe, die bessere Priorität nachzuweisen. Dieses Urtheil enthält eine subjective Cumulation in der Absicht, den Gläubigern Gelegenheit zu geben, zu erforschen, ob es mit Rücksicht auf die jetzt erst zu übersehenden Kosten und Schwierigkeiten der Durchführung der Liquidation nach der Beschaffenheit der Masse und dem Vorzugsrecht Einzelner rathsam sei, die angemeldete Forderung fortzusetzen oder zu suspendiren, wozu die im Liquidationstermine erlangte Kenntniß noch nicht genügend ist. Es erfolgt daher jetzt noch eine Auflage zum Beweise besserer Priorität. Das Prioritätserkenntniß soll ferner Diejenigen einander kennen lehren, die bei der gegenseitigen Priorität ein Interesse haben (provocatio ad impugnandam prioritatem), oder gegen welche eine zweifelhafte Priorität erwiesen werden muß. Daher ist es denn auch rathsam, dieses Urtheil je eher je lieber und nicht erst am Ende des Concursverfahrens zu geben.

---

11) L. 10, pr. C. cit. (7, 72).

12) Puchta, a. a. O., §. 171 fg. Schmid, a. a. O., III, 321 fg., §. 220. Bayer, a. a. O., §. 68.

VI. Der Distributionsbescheid 13) ist nur eine Rechnungsablage, ein Rückblick auf das Ganze am Ende des Concurses. Daher sind die Einnahmen speciell anzugeben, als Resultat der Bemühungen des Curators, ebenso die Ausgaben kurz mit Namen und Summen in der Ordnung, welche rechtskräftig feststeht, zu verzeichnen. Dieser Bescheid kann nicht rechtskräftig werden. Es wird darauf ein Auszahlungstermin anberaumt und darin nach Maßgabe dieses Bescheids die Masse unter die Gläubiger vertheilt.

---

13) Claproth, Summarischer Proceß, §. 440 fg. Schweppe, a. a. O., §. 142 fg. Quistorp, Rechtliche Bemerkungen, I, Bem. 38. Zeisig, Ueber Vertheilungsbescheide (Chemnitz 1825). Schmid, a. a. O., III, 332 fg., §. 221 Bayer, a. a. O., §. 70. — Ein Formular in Martin, Vollständ. Concursacten, Vol. gen., IV, No. V (259). Gensler, Rechtsfälle, S. 433.

Druckfehler.

Erster Band.

Seite 67, Zeile 3 von oben, statt: bestreiten, lies: beschreiten
» 210, » 8 v. o., st.: Cilvilsachen, l.: Civilsachen
» 448, » 5 v. u., st.: Wartin, l.: Martin

Zweiter Band.

» 427, » 8 v. u., st.: Invention, l.: Intervention

Inhaltsverzeichniß.

A.

Abänderung, s. mutatio, reformatio.
Ableugnen der Klage I, 467; II, 144. — einer Urkunde II, 256, 259.
Abschrift II, 249, 260 fg.
Absolutio ab actione II, 134 fg., 141, 184. — ab instantia II, 134 fg., 141. — praelocuto II, 134, 136, 141.
Absonderung im Concurse II, 477.
Acceptation des Eides II, 279.
Accessorien des Rechtsstreits I, 475; II, 186.
Accidentalien des Rechtsstreits I, 109.
Acten I, 146 fg. — Adjunction I, 389. — Einsicht I, 147. — Führung im Concurse II, 481. — Publicität I, 147. — Sammlung I, 146, 531. — Schluß I, 131, 143, 459, 508, 517; II, 164, 167, 217. — Aufhebung I, 167. — Remission vom Appellationsrichter I, 399. — Versendung I, 413 fg.; II, 369, 376, 386, 417. — armer Parteien I, 83. — Wiederherstellung II, 440.
Actio adjectitiae qualitatis I, 479. — confessoria, II, 29. — interrogatoria II, 29. — perpetua temporalis I, 486.
Activmasse, Sicherstellung II, 487.
Actor I, 433.
Actuar I, 285 fg., 288. — Beeidigung I, 288. — Rechte u. Pflichten I, 400.
Adcitation I, 222, 242; II, 422, 429 fg.
Additionalbeweis II, 205.
Adel, privilegirter Gerichtsstand, I, 324.
Adhäsion eines Arrestes II, 309. — der Rechtsmittel II, 274. — wegen Vergehen I, 344; II, 328 fg.
Adhäsionsproceß II, 327 fg. — Ausdehnung I, 330. — eigentlicher II, 229.
Adjudicationsbrief II, 359.
Adjunction der Acten I, 389. — eines Notars I, 361, 363.
Administrativbeamte, Regreßklagen gegen dieselben I, 158.
Administrativsachen I, 162. — contentiöse II, 164.
Adnotatio sportularum I, 77 fg.
Advocat I, 418 fg. — Fehler I, 450 fg. — Gebrauch untersagt I, 447. — nothwendig I, 448. — Pflichten I, 422 fg., 430. — Rechte I, 420 fg., 427 fg.
Aelterlicher Consens, Klagen, Gerichtsstand I, 310.
Afteranwalt I, 439.
Agnition II, 256, 262.
Allodialgläubiger II, 456.
Amtseid I, 287.
Anfall, neuer, dem Cridar II, 464.
Angriff I, 458 fg. — innere Form I, 505 fg. — rechtliche Natur I, 462 fg.
Anstandsbrief II, 355, 484.
Anticipation I, 466.
Antistrephusa I, 463.
Antwort I, 458 fg. — Fiction der bejahenden I, 469. — der verneinenden I, 468. — innere Form

I, 508 fg. — rechtliche Natur I, 461 fg. — auf die Klage II, 143.
Anwalt I, 430 fg. — Fehler im Vortrage I, 113.
Apostel II, 394 fg.
Appellation II, 369, 392 fg. — außergerichtliche, gerichtliche II, 392. — Beschwerden II, 386, 391. — Decret darauf II, 398. — Devolution I, 397. — Einführung II, 396 fg. — Einwendung I, 394. — extrajudicialis II, 104, 392 fg. — Rechtfertigung II, 398. — durch Nova II, 404 fg. — Richter II, 378. — Subject I, 393. — Summe I, 13; II, 382, 385, 393. — Verfahren II, 395 fg. — Wirkungen II, 399 fg.
Archivar I, 416.
Archivordnung I, 417.
Armeneid I, 80, 81.
Armenrecht I, 77, 79. — Actenversendung I, 83. — Bescheinigung I, 80. — beim Gewinn des Processes I, 81. — Gegenpartei I, 81. — juristische Personen I, 80. — Prüfung des Anspruchs I, 81. — Verläge I, 82. — Zwischenverhandlung II, 434.
Armenseckel I, 83.
Arme Partei, Vergleiche I, 84.
Arrest II, 301. — Adhäsion II, 309. — Arten II, 305. — Dauer II, 303. — Gerichtsstand I, 353; II, 304. — Gesuch II, 306. — Grund II, 302 fg. — Proceß II, 301 fg. — richterliches Decret II, 310 fg. — Rechtfertigung II, 310 fg. — Verfahren II, 307.
Articulirte Vorträge I, 506.
Artikel, s. Beweis.
Attentat I, 253; II, 139.
Aufforderung zum Klagen I, 482, 498.
Aufhebung des Actenschlusses I, 167.
Aufsicht auf die Gerichte I, 63, 402.
Auftrag, vermutheter, I, 439.
Auftragsertheilung, stillschweigende I, 437.
Augenschein II, 52, 86 fg., 99. — Beweis II, 262.
Auslegung, authentische I, 63. — der Parteivorträge I, 520.
Auspfändung II, 357.
Ausschuß der Gläubiger II, 470.
Aussprengung II, 333.

B.

Beeidigung der Zeugen II, 66.
Befehl, s. Mandat.
Befundbeweis II, 52 fg.
Behauptungen, stillschweigende I, 465.
Behauptungsurkunden II, 252.
Beiurtheil II, 169.
Bekanntmachung der Decrete I, 542.
Bekenntniß, s. Geständniß.
Beklagter I, 71, 129, 213, 216, 219 fg. — bei dinglichen Klagen I, 478. — Zweck I, 457.
Beneficium competentiae II, 355. — Verlust I, 260.
Beneficium divisionis I, 260.
Beneficium novorum II, 400, 433.
Beneficium primae instantiae I, 303, 305.
Beneficium separationis I, 454.
Berechnungstermin II, 351.
Bericht I, 559.
Berufung, s. Appellation.
Bescheid I, 535. — gemeiner I, 31.
Bescheinigung II, 83, 94 fg.
Beschlag II, 348.
Beschluß richterlicher Fassung I, 368 fg.
Beschwerde I, 360; II, 156. — über Rechtsverzögerung II, 364, 435.
Besitz II, 337. — Erhaltung I, 332; II, 334. — Erlangung I, 332. — jüngster II, 343. — Proceß II, 337 fg. — Stand, Störung I, 56.
Besitzer, Klage gegen denselben I, 185.
Bevollmächtigung I, 436 fg. — stillschweigende I, 437.
Beweis II, 10, 11, 80, 81. — Additional- II, 205. — anticipirter II, 130, 184, 442. — Antretung II, 211. — Artikel II, 243. — Ausnahmen, bedingte II, 202. — außerordentlicher II, 441 fg. — Collision II, 230 fg. — mit dem indirecten Gegenbeweise I, 233. — Einreden II, 212 fg. — elisiver II, 94. — Entkräftungs- II, 221 fg. — feierlicher II, 95 fg. — Frist II, 189, 203 fg. — Hindernisse des Laufs II, 207. — Suspension II, 210. Wirkungen I, 204 fg. — Führung II, 11, 79 fg., 84, 90. — Begünstigung II, 223. — Beurtheilung I, 99. — intensiv unvollständig I, 234 fg. — künstlicher II, 82. — na-

türlicher II, 82. — ordentlicher u. außerordentlicher II, 100. — per aequi pollens II, 193. — Resultat II, 19. — vollständiger u. unvollständiger II, 101. — untheilbar II, 196. — Gegenstand II, 10. — Gründe II, 11, 82, 84. — Collision II, 231. Kraft II, 79. — Uebersicht II, 20. — halber II, 16. — Haupt- und Neben- II, 96 fg. — Instanz II, 187 fg. — Kraft II, 17 fg., 217 fg., 230 fg., 235 fg., 250 fg. — künstlicher II, 56 fg., 82, 286 fg. — Last II, 199. — Ausnahmen II, 201. — Mittel II, 84 fg. — neue II, 206. — Verlust II, 207. — Satz II, 189 fg. — Gegenstand II, 193 fg. — genereller u. specieller II, 191. — irrelevanter Wirkung II, 194 fg. — Regeln I, 192 fg. — schleuniger, langsamer II, 97. — Untheilbarkeit II, 196 fg. — Verfahren II, 115 fg., 187 fg. — Rechte u. Pflichten der Parteien II, 218 fg. — Wirksamkeit II, 18. — Zeugen II, 64 fg. — zum ewigen Gedächtniß II, 441 fg. — Zusammensetzung II, 218 fg. — Zweck II, 11 fg.

Bitte, s. Gesuch.

Blanquet I, 439.

Bosheitseid II, 387.

Bürger, akademische, I, 325.

C.

Cabinetsjustiz I, 62, 65.

Calumniae juramentum II, 387.

Causae cognitio I, 122. — continentia I, 190. — propria judicis I, 289, 292.

Causalverbindung II, 55 fg.

Caution I, 256; II, 435 fg. — für die Fortsetzung des Rechtsstreits II, 436. — de judicio sisti II, 436. — judicatum solvi II, 437. — für die Proceßkosten I, 70; II, 179, 436. — der Ratihabition I, 441. — der Widerklage halben II, 436.

Cessio bonorum II, 460, 477, 485.

Chikane I, 251.

Chirographum indiscretum II, 251.

Citation I, 143, 535; II, 6.

Civilproceß I, 10 fg. — Abschnitte II, 2 fg. — Verbindung II, 3. — vorbereitende II, 4, 6. — Begriff, Sache I, 151 fg. — connexe I, 189. — Eigenschaften I, 179. — infamia betreffend I, 188 fg. — präjudicielle I, 198, 200, 203, 205. — präparatorische I, 198, 204. — privilegirte I, 188. — Theorie I, 15, 24. — Culturgeschichte I, 40 fg. — Darstellungsart I, 3. — Gattungen I, 23. — Hülfsmittel I, 39. — Quellen I, 26. — Umfang I, 17. — Zweck II, 1.

Classificationsurtheil II, 490.

Clauseln der Klagschriften II, 131.

Clausula monitoria I, 218; II, 124. — salutaris I, 382.

Cohärenz II, 60 fg.

Collegia I, 398 fg., 560 fg.

Collision der Beweise II, 230 fg. — der Gesetze I, 18, 90 fg.

Commissarius I, 411 fg., 564; II, 419. — mehre II, 419. — Substitutionsrecht I, 411 fg.

Commission I, 60, 65, 356; II, 418.

Commissorium I, 233; II, 419.

Communicativdecret I, 536.

Compensation der Kosten I, 265 fg.

Competenz des Richters I, 289, 294. — Gattungen I, 299. — rechtliche Natur I, 296.

Competenz, Rechtswohlthat II, 335.

Competenzconflicte I, 64.

Conclusio in causa I, 131, 143, 459, 508, 517 fg.; II, 164, 167, 217.

Concurrenz der Gerichte I, 372; II, 138. — der Klagen I, 488 fg.

Concurs II, 449 fg. — Abwendung II, 482. — Acten II, 481. — Curator II, 469. — formeller II, 457. — Eröffnung II, 477 fg., 485. — Gläubiger II, 403. — Ausschuß II, 470. — Mandatar in rem propriam II, 461, 466 fg. — Stellung II, 466 fg. — Verhältniß zum Cridar II, 469. — zu einander II, 471. — zu Dritten II, 472, 474. — Gerichtsstand II, 479. — imminenter II, 457. — Masse II, 450. — materieller, particularer, universeller II, 454. — Proceß I, 449 fg. — Gegenstand II, 452. — Gericht II, 451. — Quelle II, 452. — Subject II, 451, 462. — Universalität II, 451. — Recht II, 459.

— Veranlassung II, 477 fg. — Verfahren II, 452, 462 fg., 470, 479, 481.
Condictio indebiti I, 260.
Confessio, s. Geständniß in judicio II, 29. — in jure I, 28. — qualificata I, 33 fg.
Connexität der Sachen I, 190 fg. — formelle I, 193, 195. — gemischte I, 197. — materielle I, 198; II, 339. — Gerichtsstand I, 374.
Constitutum debiti proprii I, 340.
Contract, Gerichtsstand I, 334 fg., 338.
Contradictor II, 468, 487.
Contumacia I, 573 fg. — Folgen I, 580 fg. — rei in non agendo II, 160. — in non comparendo II, 160.
Contumacialerkenntniß I, 549.
Contumacialverfahren I, 130, 582; II, 261. — gegen den Beklagten II, 160 fg.
Conventionalproceß I, 86 fg., 89, 573; II, 109.
Copist I, 416.
Corporation, freiwilliger Haupteid II, 275. — Wohnort I, 317.
Correferent I, 400.
Cridar II, 450 fg. — Eigenthümer der Masse II, 467. — Güter, veräußerte II, 465. — Stellung II, 461. — Veränderungen, öffentlich rechtliche II, 473. — privatrechtliche II, 473. — Verhältniß zu Dritten II, 472. — zu seinen Gläubigern II, 453 fg.
Criminalsachen I, 16, 172, 187.
Cumulation der Beweismittel II, 218. — der Klagen II, 129 fg. — objective II, 182 fg., 195 fg. — subjective II, 130. — des Possessoriums u. Petitoriums II, 341, 343. — der Rechtsmittel II, 379.
Curator I, 445. — der Concursmasse II, 469 fg.

D.

Decendium I, 548, 568; II, 383.
Decisio I, 122.
Declarationsgesuch I, 554; II, 367.
Decret, Begriff I, 535 fg. — arctatorisches I, 535, 570. — communicatives I, 144. — decisives I, 536 fg., 545 fg. — erstes II, 142. — monitorisches I, 535, 570. — proceßleitendes I, 138, 385, 535, 537 fg. — auf die Duplik II, 168. — die Einlassung II, 158. — die Klage II, 5, 132 fg., 138 fg., 141 fg. — die Intervention II, 428. — das Possessorium summarissimum II, 344. — provisorium II, 439. — auf ein Rechtsmittel II, 388. — die Replik II, 163 fg. — Bekanntmachung I, 542. — Form I, 540 fg. — in dorso I, 540. — Inhalt I, 541.
Deductio materialium II, 386.
Deductionsschrift II, 218.
Delation des Eides II, 270.
Deputirter des Gerichts I, 61, 411; II, 417.
Deservit I, 427 fg.
Devolutiveffect II, 400 fg.
Devolutive Rechtsmittel II, 369, 376, 379, 384, 397. — Wirkungen II, 370 fg., 392 fg.
Diät I, 566.
Dicatur I, 540.
Dies nefasti I, 565.
Diffamation II, 334, 336.
Diffession II, 256, 259, 326. — Eid II, 259. — einer Urkunde II, 256, 259.
Dilation I, 434.
Dilatorische Zeitbestimmung I, 567.
Dingpflicht I, 14, 25, 69, 294.
Disciplinarsache I, 170.
Dispositionsurkunde II, 250.
Disputirsätze II, 215, 218.
Distributionsbescheid II, 491.
Documentum, s. Urkunde.
Dunkelheit, s. Auslegung.
Duplik II, 165.

E.

Echtheit der Urkunden II, 255.
Edictalladungen I, 500 fg., 543; II, 487 fg.
Edition II, 443. — Eid II, 445. — Gesuch II, 443. — Verfahren II, 445 fg.
Editi poena II, 446.
Ehehaften I, 579.
Ehefrauen, Wohnort I, 316, 325.

Ehesachen, Eid II, 277. — Gerichtsstand I, 310.
Eid II, 42 fg., 85 fg., 99 fg. — Ableistung II, 282 fg. — der Erben II, 283. — durch Procurator I, 432. — zum ewigen Gedächtniß II, 283. — Annahme II, 280. — Antrag II, 276 fg. — außergerichtlicher II, 43. — Cumulation II, 218. — Delation I, 276 fg. — Formel II, 281. — freiwilliger II, 45 fg., 269 fg. — gerichtlicher II, 43, 284 fg. — Minderungs- II, 51. — nothwendiger II, 45, 48 fg., 222, 226 fg. — durch Dritte I, 228 fg. — Entkräftung II, 49. — Rückgabe II, 280. — ausgeschlossen II, 282. — über Unkenntniß II, 273 fg. Worte II, 281. — Zenonianischer II, 52, 285. — Zuschiebung I, 276 fg.
Eigenmacht I, 52.
Einführung der Appellation I, 376; II, 396 fg.
Einheit des Klaggrundes I, 357.
Einlassung auf die Klage II, 144 fg. — Erfordernisse I, 508 fg.; II, 143 fg. — eventuelle II, 182. genügende II, 183. — unterbliebene II, 181. — verneinende dolose II, 29, 152. — Wirkung II, 149 fg.
Einreden I, 102, 469, 492 fg., 494; II, 146, 152 fg. — Amtswegen zu berücksichtigen I, 494; II, 125. — Gebrauch u. Dauer I, 495; II, 153 fg. — dingliche, persönliche I, 492. — einlassunghindernde II, 146 fg., 182. — in der Executionsinstanz II, 354 fg. — liquide II, 148, 316. — petitorische II, 342. — privilegirte I, 496; II, 146 fg., 354. — temporäre I, 470. — verneinende I, 493. — verzögerliche, zerstörliche I, 492 fg.; II, 147, 153. — Verjährung I, 470, 495. — Verlust I, 260, 497; II, 150. — exceptio beneficii competentiae I, 495; II, 355. — fori declinatoria I, 147. — juris I, 463, 493. — jurisjurandi II, 146. — laudationis s. nominationis autoris I, 246, 478; II, 433. — libelli obscuri I, 466. — litis finitae II, 146. — non numeratae pecuniae I, 495; II, 31, 36, 324. — praescriptionis I, 494. — spolii II, 147. — sub- et obreptionis II, 307, 364.
Einwendung des Rechtsmittels II, 384.
Elisivartikel II, 94. — Beweis II, 197.
Emendation d. Vorträge I, 524, 525. — der Klage II, 132.
Endurtheil I, 384 fg., 393 fg.
Entkräftung des Beweises II, 221.
Entsagung I, 522. — auf das Rechtsmittel II, 390. — auf den Rechtsstreit II, 447.
Entscheidungen I, 138. — stillschweigende I, 542.
Entscheidungsgründe I, 395, 555.
Erbschaft, Confiscation I, 188.
Erfüllungsamt des Richters I, 392.
Erfüllungseid I, 136; II, 48, 219, 225 fg., 284 fg.
Erkenntniß I, 139, 545 fg.; II, 224 fg. — contra jus litigatoris I, 112; II, 171 fg. — contra jus in thesi I, 112, 617 fg. — unbestimmtes I, 120.
Erläuterung eines Urtheils I, 554.
Erlassung des Zeugeneides II, 248. — der Beweislast II, 203.
Eröffnung des Concurses II, 477 fg., 485 fg. — eines Zeugenrotuls II, 248. — eines Urtheils I, 542 fg.
Ersuchungsschreiben I, 403, 558.
Erwerbsgrund bei der Klage I, 185.
Essentialia processus I, 110, 113, 116, 120. — der Form I, 115.
Eventualprincip I, 201, 510 fg.
Evocationsprivilegium I, 358.
Exceptio, s. Einrede.
Excommunicirte I, 231.
Execution I, 121, 122; II, 346 fg., 349 fg. — Beurtheilung I, 100. — Hindernisse II, 354 fg. — Instanz I, 69, 396; II, 2, 106. — Mittel II, 347. — Anwendung II, 349 fg. — Verfahren II, 354.
Executivclauseln II, 447.
Executivgewalt I, 68.
Executivproceß II, 321.
Exmission des Schuldners II, 348.

F.

Falcidische Quart, Verlust I, 260.
Fatalia I, 568; II, 206, 224. — interpositionis remedii II, 383. — justificationis remedii II, 383.
Feinde als Zeugen II, 239.
Ferien I, 565.
Fiction I, 521, 581; II, 74, 160.
Findlinge, Gerichtsstand des Wohnorts I, 322.
Förmlichkeiten I, 115 fg., 503 fg., 540; II, 224.
Formelles Recht I, 547. — Wahrheit II, 16.
Forum, s. Gerichtsstand.
Fragen, richterliche, an die Parteien II, 9.
Fragstücke II, 246.
Frauenzimmer als Zeuge II, 236.
Freiwillige Gerichtsbarkeit, Sachen I, 173.
Fristen I, 566; II, 434. — dilatorische u. peremtorische I, 567.
Früchte I, 475.
Fürsprecher I, 418.
Fundamentum agendi I, 473; II, 120.

G.

Gantproceß II, 449.
Geburtsort, Gerichtsstand I, 322.
Gefahr im Verzuge I, 187.
Gefährdeeid, allgemeiner I, 250, 258; II, 387. — bei Novis in der Appellationsinstanz II, 403.
Gefängniß II, 348.
Gegenbeweis II, 80, 90 fg., 204, 218 fg. — directer u. indirecter II, 91 fg., 94, 233. — Frist II, 92 fg.
Gegenklage II, 155.
Gegenstand der Beschwerde II, 371 fg. — des Rechtsstreits I, 72, 149; II, 124.
Gehör, rechtliches I, 138. — Bedingungen I, 140 — beschränktes, unbeschränktes I, 139. — gesuchtes, veranlaßtes I, 142.
Geistliche I, 325. — Sachen I, 308, 311, 346; II, 393.
Geldstrafen II, 348.
Geldwerth des Streitgegenstandes I, 179. — Berechnung I, 181.
Gemeindeglieder, Kostenbeitrag I, 271. — Sachen I, 441 fg.
Gemeinheit I, 441 fg. — Eidesleistung II, 275 fg.
Gemeinschaft der Beweismittel II, 214. — der Fristen II, 434. — der Gläubiger II, 471. — der Rechtsmittel II, 374.
Gemeinschuldner II, 450 fg.
Gerechtigkeit, formelle I, 136.
Gericht I, 60, 213. — Begriff u. Bestandtheile I, 273 fg. — Besetzung I, 65, 284. — Beschwerden dagegen II, 156. — coordinirte, subordinirte I, 402. — Geschäftsbehandlung I, 64. — Mehrheit I, 289. — obere, untere I, 295, 356, 402, 559; II, 396. — Pflichten I, 379, 401. — Rechte I, 376, 401. — bei Rechtsmitteln II, 376, 378. — Sache, eigene I, 292. — Substitutionsbefugniß I, 411 fg. — Unabhängigkeit I, 62, 65. — Verantwortlichkeit I, 408 fg. — Verhältniß zu andern I, 297 fg. — Wahrnehmung, rationelle und sinnliche I, 55; II, 52, 86 fg., 99.
Gerichtsbarkeit I, 276. — eigene, aufgetragene I, 283. — contentiöse, freiwillige I, 21, 280. — officiale I, 282. Prorogation II, 150.
Gerichtsbezirk I, 296.
Gerichtsdeputation I, 411; II, 418.
Gerichtsferien I, 565.
Gerichtsgebrauch I, 35.
Gerichtshalter I, 412.
Gerichtsherr I, 412.
Gerichtspersonen I, 61. — Beeidigung I, 287. — Befähigung I, 285. — Beleidigung derselben I, 377 fg. — Sache, eigene I, 289, 291.
Gerichtspolizei I, 132, 378.
Gerichtsschreiber I, 285 fg., 288.
Gerichtsstand I, 296. — allgemeiner, specieller, genereller, individueller I, 301. — des Arrestes I, 353; II, 304. — außerordentlicher I, 303, 356 fg. — Concurrenz I, 372 fg. — des Concurses II, 479. — des Contractes I, 338 fg. — der Connexität I, 344 fg., 351 fg. — conventioneller I, 366 fg. — der Einheit des Klaggrundes I, 350, 357 fg. — Fortdauer II, 138. — der geistlichen Sachen I, 308 fg., 311,

346. — gesetzliche, gewillkürte I, 299, 301, 304, 366 fg. — gestae administrationis I, 342 fg. — der Incidentsachen I, 352. — mehre competente I, 304 fg. — mitleidswerther Personen I, 357. — mittelbarer und unmittelbarer I, 303. — objectiv privilegirter I, 307. — originis I, 321 fg. — Prävention I, 373 fg. — privilegirter I, 323 fg. — rei sitae I, 326 fg. — des Verbrechers I, 343 fg. — der Widerklage I, 351 fg. — des Wohnorts I, 314 fg. — des Zusammenhangs der Sachen I, 344 fg., 358. — willkürlich erwählter I, 366 fg.
Gerichtsuntergebene I, 356.
Gerichtsverfassung I, 294 fg.
Gerichtsverwalter I, 412.
Gerichtsvisitation I, 63.
Gerichtszuständigkeit I, 294.
Gerücht II, 23 fg.
Gesammtgerichtsbarkeit I, 375.
Gesandte I, 71, 324.
Geschäftsbesorgung, Reihenfolge I, 186.
Geschäftserzählung I, 507. — in der Klage II, 124. — im Appellationslibell II, 397.
Geschäftsverwaltung, Gerichtsstand I, 342.
Gesetze, Rechtsbestand, Prüfung I, 387.
Gesinde I, 55. — Angelegenheiten I, 291. — Wohnort I, 315, 325.
Geständniß I, 520; II, 26, 30, 87, 101. — abgelegtes, fingirtes II, 28. — außergerichtliches, gerichtliches II, 28. — außergerichtliches, Zurücknahme II, 40. — gerichtliches, Zurücknahme I, 38. — Erfordernisse II, 31 fg. — gültiges, Entkräftung II, 37. — litimirtes II, 33 fg. — mangelhaftes, Wirkungen II, 42. — stillschweigendes II, 28. — tadelloses II, 35.
Geständnißurkunden II, 251.
Gesuch I, 497, 508; II, 126.
Gewissensvertretung II, 280.
Gewißheit II, 11. — absolute II, 12. — civilrechtliche II, 13, 16, 19. — juristische II, 13, 15, 22 fg. Wirksamkeit II, 17. — vorläufige II, 14.
Gewohnheitsrecht I, 34.
Glaube, böser I, 475; II, 140.
Gläubiger II, 453 fg., 456.
Gratification II, 466.
Gründe des Urtheils I, 395, 555.
Guarentigiirte Urkunden I, 321 fg.
Güte, Versuch II, 159, 446.
Güterpfleger II, 469.

H.

Halber Beweis II, 16.
Handelsbücher II, 253.
Häufung von Beweismitteln II, 218 fg. — von Klagen II, 129 fg., 182, 195 fg. — des Possessoriums u. Petitoriums II, 341 fg.
Haupteid, freiwilliger II, 45 fg., 269 fg. — Delation II, 270. — der Corporationen II, 275. — der Streitgenossen II, 274 fg. — Verfahren II, 278 fg. — Zweck II, 271.
Hauptpersonen I, 213.
Hauptverfahren II, 102, 215 fg.
Haussohn I, 232.
Hausvater I, 445, 452.
Hülfsgelder II, 354.
Hülfsvollstreckung I, 121; II, 106, 346.
Hypothekarische Gläubiger in der Executionsinstanz II, 357.

J.

Identität I, 192. — des Klaggrundes I, 350, 357. — des Rechtsstreits I, 524 fg.
Immission der Gläubiger II, 348.
Imperium mixtum I, 278.
Impetrant, Impetrat II, 303 fg. Implorant, Implorat II, 288 fg.
Impugnationsschrift II, 215 fg.
Inamovibilität der Richter I, 65.
Incidentsachen I, 207, 353.
Indicia II, 59.
Inhäsivdecret I, 549.
Injurien gegen ein Gericht I, 377 fg.
In jus vocatio I, 456.
Innovation II, 139.
Inquisitionsprincip I, 125.
Insinuation I, 542 fg., 571.
Inspection der Acten I, 147, 533.
Inspectio ocularis II, 52, 86 fg., 99.
Instanz I, 295. — drei I, 67, 295. — Recht der ersten I, 303. — der Rechtsmittel II, 103, 361 fg. — Verhältniß I, 302.

Instruction des Processes II, 4 fg., 108. —für Kunstverständige II, 268.
Instrument II, 85, 248.
Interimisticum II, 439.
Interlocut I, 385, 390 fg., 539; II, 171 fg.
Interrogatio in jure II, 9.
Interrogatoria II, 246. —actio II, 9, 29.
Intervention I, 221 fg.; II, 419 fg. —accessorische I, 221; II, 422, 425 fg., 429. —gemischte II, 424. —principale I, 222; II, 422 fg. —Eigenthümlichkeiten II, 424 fg. —freiwillige, nothwendige II, 421. —Gerichtsstand I, 352. —Hinderniß des Laufs der Beweisfrist II, 210. —Verfahren II, 428 fg. —Wirkung II, 427. —Zeitpunkt II, 427. —Zweck II, 427. —der Concursgläubiger II, 468.
Introductio appellationis II, 396 fg.
Irrthümer in Vorträgen I, 426; II, 38 fg.
Juden I, 309. —Eid II, 281,$_{31}$.
Judex ad quem I, 378 fg.
Judicia duplicia I, 220.
Juramentum calumniae I, 250, 258; II, 387, 403. —credulitatis II, 272 fg. —dandorum et respondendorum I, 506; II, 188, 230. —diffessionis II, 259. —expensarum I, 285,$_2$. —in litem II, 50 fg., 284, 352 fg. —ignorantiae II, 272 fg. — necessarium II, 45, 48 fg., 222, 226 fg. —perhorrescentiae I, 365. —purgatorium I, 136; II, 48 fg., 226. —suppletorium II, 48 fg. — suppletorium quantitatis II, 284. —veritatis II, 272. —voluntarium II, 45. —Zenonianum II, 51, 285. S. übrigens Eid.
Jurisdicto I, 277. —eminens I, 277. —delegata I, 282. —ecclesiastica I, 277. —mandata I, 283. —officialis I, 282. —ordinaria I, 282. —patrimonialis I, 282. —propria I, 283. —vicaria I, 277.
Jus accrescendi bei Klagen I, 480. —eximendi I, 414. —de non evocando I, 367. —novorum I, 516, 518; II, 400. —postulandi I, 230.
Justitia denegata II, 364, 435. S. Rechtspflege.
Justitium I, 55. Justificationstermin des Arrestes II, 310 fg.
Justizbeamte Regreßklagen I, 158. —Collegium I, 560 fg. —Commission I, 563. —Gewalt I, 10. —Sachen I, 160, 172, 178.

K.

Kammersachen I, 170.
Kanonisches Recht I, 36.
Kinder, Wohnort I, 317, 325.
Klagbitte II, 126 fg. —alternative II, 128.
Klage I, 102, 455 fg., 469; II, 5 fg. —Aenderung II, 163. —Concurrenz I, 488 fg. —dingliche I, 477 fg. —Erhebung, Zwang von Dritten I, 482. —erhobene Veräußerung II, 151. —Gattungen I, 471. —Hauptzweck I, 474. —Mittheilung II, 133. —Namen II, 119. —Nebenzweck I, 475. —persönliche I, 479. —in rem scriptae I, 331. —präjudicielle I, 480. —Recht I, 100, 471. —temporales I, 486. —Zweck I, 456, 474, 475.
Kläger I, 70, 128, 213, 216 fg. —bei dinglichen Klagen I, 477. —Verurtheilung II, 177. —Zweck I, 456.
Klaggrund II, 120 fg. —entfernter I, 473; II, 120. —mittlerer I, 474, 478, 556; II, 121. —näherer I, 472; II, 120.
Klaghäufung II, 126, 129 fg. —objective I, 195; II, 130. —subjective II, 130.
Klagschrift II, 117, 119, 123 fg. —Inhalt, zufälliger I, 129 fg. —Verbesserung I, 523 fg.; II, 132.
Klagverjährung I, 102, 482 fg. —Unterbrechung I, 485 fg.
Kosten-Aussetzung I, 265. —Ersatz I, 261 fg., 581. —des Processes I, 74, 261 fg., 581.
Kriegsbefestigung I, 458, 508; II, 144.
Kunstverständige II, 64 fg., 89, 264 fg.

L.

Ladung I, 143, 535; II, 117. —zur Anhörung des Urtheils II, 167. — zur Eröffnung des Rotul II, 248. — circumducirte I, 373; II, 138 fg. —peremtorische I, 535, 570 fg.
Landesproceßtheorie I, 24.
Landsassiat I, 72, 330.
Laudationis exceptio I, 246, 478; II, 420, 433.
Legalität-Vermuthung I, 377.
Legitimation zur Praxis I, 232, 419. —zum Processe I, 233, 436 fg. —zur Sache I, 230, 232, 234. —eigentliche I, 238, 246. — Einrede I, 236. —passive I, 234. — Mängel I, 243, 246.
Lehn-Gläubiger II, 456. —Recht I, 38. —Sachen I, 312 fg.
Leugnen, frevelhaftes I, 260 fg.
Leuterung I, 68; II, 369, 384.
Libellus punctatus II, 118. S. auch Klagschrift, Appellation.
Licitationstermin II, 359.
Liquidationsinstanz II, 108, 353. —Termin II, 488. — Verfahren II, 352. —im Concurse II, 450.
Liquidiconstitution II, 107. — Termin II, 351.
Liquidi separatio ab illiquido II, 352. — cum illiquido nulla compensatio II, 325.
Liquidität dilatorischer Einreden II, 148.
Lis I, 224.
Literae dimissoriales II, 384.
Litisconsorten I, 221, 223 fg.; II, 220, 274. —Contestation I, 458, 509. —Denunciation I, 221; II, 429, 431 fg. —Pendenz II, 137 fg. —Reassumtion II, 419 fg. —Renunciation II, 447.
Locus regit actum I, 92.
Loquatur I, 540.

M.

Mala fides I, 475; II, 141.
Mandat, bedingtes I, 145; II, 312. —unbedingtes I, 145; II, 312, 314 fg. —Gesuch darum II, 315. —Proceß II, 312 fg. —bedingter II, 318 fg. —unbedingter II, 315 fg. —in rem propriam der Gläubiger im Concurse II, 464.
Manualacten I, 273 fg.
Massegläubiger II, 463, 475. —Pfleger II, 469 fg.
Mehrheit der Stimmen in Collegien I, 561 fg. —im Concurse II, 483 fg. —bei Syndicaten I, 442.
Meineid II, 47.
Militär I, 324.
Minderjährige I, 231.
Minderungseid II, 51.
Mitleidswürdige Personen I, 357.
Mora II, 140. —purgatio I, 582 fg.
Moratorium II, 355, 484.
Mutatio libelli I, 524 fg.; II, 163 fg., 401, 419.

N.

Nachfolger im Rechte der Parteien I, 480 fg.
Nachklage II, 155 fg. —Caution deshalb II, 436.
Nachlässigkeit der Nebenpersonen I, 449 fg.
Nachlaßvertrag II, 482.
Natur der Sache I, 37, 38.
Naturalien des Rechtsstreits I, 111, 119, 120.
Nebenfoderungen I, 184 fg.
Nebenpersonen I, 19, 97, 213, 415 fg. —des Gerichts I, 416 fg. —der Parteien I, 418 fg. — Gebrauch derselben I, 446 fg.
Neuerungen I, 253; II, 139 fg.
Nichtigkeit I, 110, 115, 116; II, 171 fg., 175 fg. —absolute, relative I, 118. —heilbare I, 118; II, 406, 408. — partielle, totale I, 116. — unheilbare I, 118; II, 406, 408, 410. — Verfahren II, 413. — Querel I, 217; II, 406, 407, 412 fg.
Nigrum I, 504.
Nominatio auctoris I, 246, 478; II, 433 fg.
Notar I, 361, 443 fg., 543. —adjungirter I, 361, 363.
Nothfrist II, 567 fg.; II, 391.
Nothwehr I, 55.
Notification I, 144.
Notio I, 278.
Notorietät II, 23, 25 fg.

Nova I, 143. — in der Appellationsinstanz II, 370, 387 fg.
Novation I, 553.

O.

Oberaufsicht des Staats I, 63 fg.
Oberrichter I, 290, 297, 356, 402 fg.; II, 395 fg.
Oblatio liti I, 245, 259.
Officium iudicis I, 382. — mercenarium I, 383. — suppletorium I, 382.
Ordination II, 388 fg.; I, 398.
Ordnungsfrist I, 567.
Originale II, 254 fg.
Ortsbestimmung I, 563 fg.

P.

Pachter, Gerichtsstand I, 315.
Pactum de quota litis I, 428. — remissorium II, 482.
Pallium I, 531.
Palmarium I, 428.
Parteien I, 19, 97, 214 fg. — Rechte und Pflichten I, 249 fg. — gegenseitige I, 258 fg. — Thätigkeit I, 129 fg. — Voraussetzungen I, 69 fg. — Zustandsverhältnisse I, 93, 97. — Zwischenhandlungen II, 419.
Parteihandlungen, Stoffe I, 455 fg.
Parteivorträge, Abänderung I, 528 fg. — Auslegung I, 520 fg. — Form I, 132, 503, 505 fg. — Widerruf I, 523 fg. — Wirkung I, 519 fg. — Zahl I, 516 fg.
Patrimonialgerichtsbarkeit I, 279, 282. — Prorogation I, 367.
Patrimonialgerichtshalter I, 286.
Peculium profectitium I, 446.
Peinliche Gerichtsordnung I, 37.
Peremtorische Frist I, 567 fg.
Perhorrescenz-Eid I, 365. — Gesuch I, 360 fg.
Persona standi in judicio I, 230.
Personen, dritte I, 248.
Petitorium liquidum absorbet possessorium II, 339. — Possessorium Amtswegen cumulirt II, 343. — materiell connex II, 339. — Cumulation II, 341. — Selbständigkeit II, 340. — Verhältniß II, 338.
Petitum I, 457, 508.
Pfändungen I, 57.
Pfleger I, 445. — der Concursmasse II, 469 fg.
Pluspetitio II, 127.
Poena agniti II, 326 fg. — editi II, 75, 446. — jurare nolentis II, 75, 228. — recusati juramenti II, 75, 279.
Polizeisachen I, 167, 169.
Positionen I, 506.
Possessorische Processe II, 337 fg. — Ausdehnung II, 339. S. auch Petitorium.
Possessorium II, 337 fg. — ordinarium II, 343. — summarissimum I, 319; II, 343, 395.
Postulandi jus I, 230.
Präclusivbescheid II, 489.
Praejudicium I, 35, 200.
Präjudicialklagen I, 475, 480. — Sachen I, 198.
Präliminarien des Rechtsstreits II, 116, 179 fg.
Präoccupatorisches Gesuch II, 390.
Präparatorische Sachen I, 200 fg.
Praescriptio litis pendentis II, 140, 447.
Präsentationsschreiben I, 504.
Präsentiren der Eingänge I, 532.
Präsumtion, einfache II, 55 fg. — juris simplices II, 14, 18, 74 fg. — juris et de jure II, 14, 74 fg. — hominis II, 74.
Prävention I, 373 fg.; II, 138.
Principal-Adhäsion II, 374. — Intervention II, 423 fg.
Priorität im Concurse I, 100; II, 468. — Urtheil II, 490. — Verfahren II, 450.
Privat-Delicte I, 344. — Strafen I, 259. — Urkunden II, 254.
Privilegirter Gerichtsstand I, 368.
Probatio anticipata II, 130, 184, 442. — in perpetuam rei memoriam II, 441 fg. — pro exoneranda conscientia II, 280.
Proceß I, 11 fg., 20 fg. — Arten I, 141; II, 108 fg. — Gebrauch II, 100. — Caution II, 179. — executiver II, 321 fg. — fiscalischer I, 31, — Führung I, 105 fg. — conventionelle I, 86 fg. — Gesetze I, 85 fg. — Collision coordinirter I, 90 fg. — subordinirter I, 103 fg. — gestattende, verbietende I, 108 fg. — Natur I,

85 fg., 98 fg. — Handlungen I, 20, 455 fg. — Form I, 99 fg. — Kosten I, 74 fg., 542. — außergerichtliche I, 75. — Compensation I, 266 fg. — Ersatz I, 261 fg., 267. — Ausnahmen I, 268. — der Streitgenossen I, 267. — Vorschuß I, 269 fg. — Leitung I, 382 fg.; II, 9 fg. — Literatur I, 40 fg. — Ordnung I, 27 fg., 85 fg. — Politik I, 109. — Quellen I, 267. — Rechte und Pflichten I, 94, 97, 99. — Reassumtion II, 419. — Sachen I, 159 fg., 286. — Schritte I, 106 fg. — Subject I, 19, 212 fg. — summarische Theorie I, 11 fg., 20 fg. — Verfahren, außerordentliches II, 109. — conventionelles I, 86 fg., II, 109. — ordentliches, summarisches II, 109, 110 fg., 288 fg., 295 fg., 299, 331 fg.
Proclama II, 360.
Procurator I, 430 fg. — Eigenthum, fingirtes I, 434; II, 151. — Fehler I, 449 fg. — Gebrauch untersagt I, 447. — mehre I, 447 fg. — Rechtsverhältniß I, 433 fg. — Unfähigkeit I, 433.
Producent II, 80. — Product II, 81.
Productenbuch I, 401.
Production I, 211 fg. — Erkenntniß II, 102 fg. — Termin II, 212, 247. — Verfahren I, 212 fg. — Wirkungen I, 214.
Promotorialen II, 435.
Prorogation des Gerichtsstandes I, 301, 366 fg. — der Fatalien I, 434. – freiwillige, nothwendige I, 351, 369. — stillschweigende I, 370.
Prosecution der Rechtsmittel II, 384, 388.
Protestation II, 118.
Protokoll I, 533 fg. — Anfechtung II, 232.
Provisorium I, 124; II, 439.
Provocation I, 49 fg. — generelle I, 500. — specielle I, 499. — Proceß II, 331 fg. — ex lege si contendat II, 332, 337. — diffamari II, 332, 333 fg. S. auch Auffoderung.
Publication der Urtheile I, 542 fg.

Q.

Quadruplik II, 168.
Qualificirtes Geständniß II, 33 fg.
Querela nullitatis II, 369, 406. — protractae et denegatae justitiae II, 364, 435.
Querulant, Querulat II, 406, 412.
Qui liti se obtulit I, 186.

R.

Racheklage I, 481.
Reassumtion des Processes II, 419.
Recessus scriptus loco orali I, 504.
Rechnungsproceß II, 345.
Recht, römisches I, 36.
Rechte, processualische I, 12, 19, 50. — wohlerworbene I, 105.
Rechtfertigung des Arrestes II, 310 fg. — des Rechtsmittels II, 384 fg. — durch Nova I, 387, 400.
Rechtsdeduction I, 507.
Rechtsfähigkeit, Beurtheilung I, 93.
Rechtsfragen, streitige I, 73.
Rechtsgeschäfte, ausländische I, 73.
Rechtsgleichheit I, 254, 256.
Rechtsgrund der Klage I, 473 fg.; II, 119 fg.
Rechtskraft I, 545 fg. — Ausnahmen I, 549. — gegen Dritte I, 558. — partielle I, 555. — rechtliche Natur I, 551 fg. — Umfang II, 17.
Rechtsmittel II, 361 fg. — Adhäsion II, 574. — Arten II, 367. — außergerichtliche, gerichtliche II, 368. — Ausführung II, 105, 386. — außerordentliche II, 406 fg. — Begriff II, 361. — Beseitigung II, 390. — Beurtheilung I, 99. — blinde II, 381. — devolutive, nichtdevolutive II, 369, 376, 384, 405. — deren Zusammentreffen II, 379. — Einwendung II, 104. — Fatalien und Formalien II, 373, 384. — Gericht II, 375. — Instanz II, 2, 103, 361 fg. — Proceßact II, 372. — Rechtfertigung durch Nova II, 387, 400. — Rechtfertigungsschrift II, 384. — in streitigen Rechtssachen II, 365 fg., 367. — in nichtstreitigen II, 365. — Suspensivkraft II, 377. — gegen Unthätigkeit und Langsamkeit des Ge-

richts II, 364, 435. —Verfahren II, 104, 384. —Verhinderung II, 390 fg. —Vertheidigung dagegen II, 372 fg. —Verzicht II, 390. —Wirkungen II, 370 fg. —Zulässigkeit II, 380.
Rechtspflege, gehemmte I, 63. —verzögerte I, 380. —verweigerte II, 364, 435. —Unabhängigkeit I, 62.
Rechtssachen I, 151 fg. —bevorzugte I, 187.
Rechtsstörungen II, 15.
Rechtsstreit I, 7 fg. —Abschnitte I, 122 fg. —Formalien I, 115.
Rechtsverfahren II, 108 fg. —Tendenz, I, 510 fg.
Rechtsverfolgung, Art I, 9, 58. —Befugniß I, 229, 230, 242. —Mittel I, 1 fg., 455 fg.
Rechtsverhältnisse I, 16, 152.
Rechtsvermuthung II, 14, 18, 55 fg., 73 fg.
Rechtsweg I, 58.
Rechtswissenschaft, theoretische, praktische I, 2.
Recognition II, 256.
Reconvention I, 71; II, 155 fg. —Caution II, 436. —Gerichtsstand I, 351. —Recht I, 140.
Recusatio judicis I, 360 fg.; II, 417 fg.
Redintegration der Acten I, 440.
Referent I, 400, 560.
Reformatio in pejus II, 371.
Regent als Partei I, 25, 71, 151, 154, 156. Verhältniß zur Rechtspflege I, 59.
Regierungssachen I, 162.
Registrator I, 416.
Registratur I, 533.
Reichs-Kammergerichtsordnung I, 30. —Gerichte I, 295. —Gesetzgebung I, 27, 31. —Proceß I, 24. —Stände I, 324.
Reinigungseid I, 136; II, 48, 226 fg.
Rei vindicatio I, 260.
Relationen I, 560. —des Eides I. 280 fg.
Relevanzbescheid II, 105, 399.
Remedium coram eodem judice I, 68; II, 369, 375, 384, 405. —indemnitatis II, 454. —protractae et denegatae justitiae I, 63. —supplicationis I, 59. —rescissoria I, 369. —suspensiva I, 368.
Remissorialien II, 399.
Replik II, 162 fg. —anticipirte II, 125, 154.
Reproducent, Reproduct II, 133.
Requisition I, 404 fg., 558 fg.
Rescissio conclusionis in causa II, 167.
Rescript I, 559. —de emendando II, 388 fg. Proceß II, 133, 157.
Reservationen I, 521; II, 219, 381.
Restitutio in integrum II, 369, 413 fg.
Retractatio II, 405.
Reversales de non praejudicando I, 296.
Revision II, 369, 405.
Richter I, 273 fg., 380 fg. —Collegium I, 398 fg. —Eid I, 288. —Fähigkeiten I, 285. —Rechte u. Pflichten I, 381 fg.; II, 223 fg. —Substitution II, 417. —Thätigkeit I, 134. —Unthätigkeit II, 435. —Verantwortlichkeit I, 408 fg. —Verdacht I, 360 fg.; II, 417 fg. —beim Zeugenbeweis II, 245. —Zwischenhandlungen II, 416.
Rotul II, 248.
Rubrum I, 504.

S.

Sache I, 150. —Justiz I, 160, 172, 178. —Civilproceß I, 151 fg. (s. Civilproceß). —belegene Forum I, 326. —connexe I, 189. —geistliche I, 308, 311, 346; II, 393. —Lehns I, 312 fg.
Sachlegitimation I, 230—234, 238, 243, 245.
Sachverständige I, 64 fg., 87, 89, 98, 264 fg.
Sachwalter I, 430 fg.
Salvationsschrift II, 215 fg.
Sätze, affirmative u. negative, künstlicher Beweis II, 58 fg.
Schadensersatz I, 262 fg., 409 fg., 425 fg., 449 fg., 477 fg., 481.
Schätzungseid II, 50 fg., 284.
Schiedsrichter I, 8, 22.
Schluß zum Urtheil I, 131, 143, 459, 508, 517 fg; II, 164, 167, 217.
Schlußfolgerung II, 55 fg., 87, 88. Arten I, 59 fg.

Schnitterurtheil I, 395.
Schöppen I, 416.
Schreibart, verletzende I, 254.
Schreibfehler im Urtheile I, 555,10.
Schreibmeister II, 258, 268.
Schuldner, flüchtige I, 56.
Schwörungstermin, II, 278.
Secretär I, 416 fg.
Sectio bonorum II, 460.
Selbsthülfe I, 7, 15, 55. Privatstrafen I, 54. Verbot I, 51.
Sententia cassatoria II, 318. —contra jus litigatoris I, 112; II, 171. —jus in thesi I, 112; II, 171 fg. —iniqua II, 400. —interlocutoria I, 385, 395, 539; II, 171 fg. —definitiva I, 384 fg., 394 fg.; II, 224 fg.
Separationsrecht im Concurse II, 454, 462, 477.
Servitutenklagen I, 479.
Sicherheitsleistungen II, 435 fg.
Singularitas adminiculans, diversificativa, obstativa II, 60 fg.
Soldaten I, 324.
Solennitätszeugen II, 63.
Specialladung im Concurse II, 487.
Spolium I, 188; II, 147.
Sporteln I, 75. —Befreiung I, 77. Credit I, 77, 80, 83. —Ende I, 83 fg. —Gesuch I, 81. —Voraussetzungen I, 79, 81. —Wirkungen I, 82. —Vorschuß I, 76.
Spruchcollegium I, 413 fg.
Staat, Oberaufsichtsrecht I, 63. —als Partei I, 25, 151, 154.
Staatsbeamte I, 324. Regreßklagen I, 152, 154, 158.
Staatsrechtliche Streitigkeiten I, 73, 155, 157, 159.
Stempelpapier I, 75, 82.
Steuersachen I, 171.
Stillschweigen, ein Aberkennen I, 542. —ein Leugnen II, 160 fg.
Strafen I, 259.
Strafklagen, Transmission II, 150.
Streitfrage II, 4 fg., 8.
Streitende Theile I, 214 fg., 447 fg. Rechte u. Pflichten I, 249 fg., 258.
Streitgegenstand I, 20, 49, 181, 184, 185. Geldwerth I, 179. Umfang I, 184. Veräußerung I, 253; II, 139.
Streitgenossen I, 223 fg., 227, 524 fg. —im Beweisverfahren II, 220. Einrede I, 239. Haftpflicht I, 267. —beim Haupteide II, 274 fg. —bei der Intervention I, 422 fg. Rechtsverhältniß I, 272.
Streitigkeiten, völkerrechtliche I, 157.
Stundung II, 483. Vertrag II, 484.
Subditi forenses I, 71. —perpetui et temporarii I, 71.
Subhastation, freiwillige, nothwendige II, 358. —rechtliche Natur II, 359. —Aufhebung II, 360.
Subornation der Zeugen II, 92.
Substantialien des Rechtsstreits I, 110, 113, 116, 120.
Substituirungsbefugniß der Gerichte I, 411 fg.
Successio in litem II, 419 fg.
Summa remedii II, 371, 376, 382, 385.
Summarischer Proceß I, 141; II, 15, 109, 288 fg. Arten I, 295 fg. Sachen I, 110 fg.; II, 298 fg.
Suppletorium quantitatis II, 229. S. Eid.
Supplication II, 405.
Suspensiveffect II, 105, 377 fg.
Syndicat I, 441. Klage I, 410.
Syndiciren I, 377,2.

T.

Tagefahrt I, 566 fg.; II, 142.
Temeritas litigandi I, 251.
Termin I, 566 fg. —circumducirter I, 375, 583; II, 142. —prosecutionis remedii II, 388. —Verlegung II, 434.
Territorien, nichtappellable I, 295.
Testis de auditu II, 70, 241. —sese ingerens II, 243. —unicus II, 67, 68.
Theilungsklagen I, 17, 220.
Tod I, 480. —bei Eidesleistungen II, 283. —unbeerbter II, 391.
Transmissio actorum I, 414; II, 407 fg. —actionum I, 480.
Tres conformes I, 551.
Triplik II, 168.
Tutor I, 445. Fehler I, 452.
Tutorium I, 445.

U.

Uebergehung der Kosten im Erkenntnisse I, 542.

Ueberschreitung der Jurisdictionsgrenzen I, 297, 405 fg.
Ultra petita cognoscere I, 390.
Umfang der Einreden I, 492.
Ungehorsam I, 571. —Beschuldigung I, 571, 582. —Erfordernisse I, 578. —Folgen I, 580 fg. —Grundprincip I, 573 fg. —im ersten Verfahren II, 160 fg., 164, 167. —im Beweisverfahren II, 208 fg., 247, 261, 263. —bei Rechtsmitteln I, 383.
Unterbrechung der Verjährung I, 485 fg.; II, 140, 331 fg.
Unterlassungshandlung I, 454.
Urkunden II, 21, 85, 97. —Arten II, 249 fg. —exemplificirte II, 260. —öffentliche II, 254. —gewissermaßen öffentliche II, 254, 258. —private II, 254, 258. —Anerkennung II, 256. —Beweis II, 248, 261. —Echtheit I, 255 fg. —Edition I, 257, 259; II, 327. —für den Executivproceß II, 327. —Werth II, 250 fg.
Urschrift II, 249.
Urtheil I, 535 fg., 545 fg.; II, 169 fg. —erstes II, 178 fg. —Beweis II, 224 fg. —Relevanz II, 389. —drei gleichlautende I, 551. —bedingtes I, 394; II, 225 fg. —contra jus litigatoris, in thesi I, 112; II, 171 fg. —Erläuterung desselben I, 554.

V.

Vagabunden, Gerichtsstand I, 322.
Variation I, 323.
Verantwortlichkeit der Gerichte I, 408 fg.
Verbaljurien II, 333 fg. —gegen ein Gericht I, 378 fg.
Verbindlichkeit, persönlicher Gerichtsstand I, 333 fg.
Verbrechen, Gerichtsstand I, 343. —Verfolgung II, 327 fg.
Verdächtiger Richter I, 360; II, 417 fg.
Verfahren, articulirtes I, 43. —erstes II, 114 fg.
Vergleich II, 446. —armer Parteien I, 84.
Verhandlungsmaxime I, 125 fg., 137.
Verjährung II, 447. —der Einreden I, 102. —der Klagen I, 482 fg.; II, 140, 447. —Einrede der II, 494. —Unterbrechung der I, 486; II, 140, 333.
Vermuthung II, 12, 14, 73 fg., 100.
Vernehmlassung I, 508 fg.; II, 143 fg. S. Einlassung.
Verschwiegenheit des Gerichts I, 380.
Versendung der Acten I, 414; II, 417 fg. —deren Kosten I, 414.
Verwaltung, Gerichtsstand I, 342 fg.
Verzicht I. 528, 575 fg.; II, 390, 447. S. Entsagung.
Verzögerung der Rechtspflege II, 364, 435.
Verzugszinsen I, 476.
Vindicanten II, 462, 476.
Vollmacht I, 436. —Inhalt I, 438. —stillschweigende I, 437.
Vollstreckung I, 121 fg.; II, 3, 106 fg., 346 fg.
Vorbehalt I, 521; II, 381.
Vorbereitender Proceßtheil II, 5 fg., 7 fg. —Sachen I, 200 fg.
Vorbescheid II, 169, 170, 198.
Vorklage I, 526; II, 155.
Vormund I, 445 fg.
Vorträge der Parteien I, 455 fg., 503 fg. —äußere Form I, 503 fg. —innere I, 505 fg. —Inhalt I, 456 fg. —Ordnung I, 511 fg. —Wirkung I, 519 fg. —Zahl I, 516 fg.
Votant I, 398 fg., 560 fg.
Vota paria I, 561 fg.

W.

Wacheeinlegung II, 357.
Wahrheit I, 252 fg.; II, 12 fg. Eid II, 272 fg.
Wahrnehmung, rationelle des Gerichts II, 55. —sinnliche II, 52.
Wahrscheinlichkeit, Begriff II, 52 fg. —civilrechtliche II, 13, 16, 19. —juristische II, 13, 15, 17.
Wechselgehör I, 138.
Wechselproceß I, 31.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand I, 33 fg.; II, 413 fg.
Widerklage I, 71; II, 140, 155 fg. —Gerichtsstand I, 351.
Wissensurkunden II, 251 fg.
Witwen, Gerichtsstand I, 316, 5.
Wohlerworbenes Recht I, 152, 159.

Wohnort, Gerichtsstand I, 314 fg
Würderungseid II, 50 fg.

Z.

Zahl der Parteivorträge I, 516 fg.
Zahlungstermine II, 355.
Zeitbestimmung I, 564 fg. — conventionelle I, 573. — Versäumung I, 567 fg.
Zeitraum, richterlicher I, 569 fg.
Zenonianischer Eid II, 51, 285.
Zeugen II, 63 fg., 85, 98. — absolut unfähig II, 237. — Beweiskraft II, 64 fg. — classische II, 71. — einziger II, 67, 68. — Gattungen von Hörensagen II, 70, 241. — Maximum II, 68. — Singularität II, 69. — tadellose II, 241. — unfähige II, 71, 236. — Uebereinstimmung II, 67. — verdächtige II, 71, 240. — Vernehmung, Form II, 65.
Zeugenbeweis II, 235 fg., 245 fg. — Verfahren II, 242 fg.
Zeugeneid II, 247.
Zeugenrotul I, 244, 248.
Zeugnisse, öffentliche, private II, 63. — Form II, 65. — rechtliche Natur II, 62 fg.
Zeugnißurkunden II, 253 fg.
Zinsen I, 476.
Zufall II, 447.
Zurückschiebung des Eides II, 280, 282.
Zurückweisung des Rechtsstreits II, 399.
Zusammenhang der Sachen I, 190—198, 374 fg.; II, 339.
Zuvielforderung II, 127 fg.
Zuwachsrecht der Klagen I, 480.
Zwang, hypothetischer I, 131.
Zwangsmittel II, 356.
Zweck des Rechtsstreits I, 121, 455; II, 1 fg. — der Beweisführung II, 11 fg., 189 fg. — der Provocationen II, 332 fg. — der Rechtsmittel II, 1, 362 fg. — der summarischen Processe I, 140 fg.; II, 108 fg. — der Execution II, 347 fg. — des Concursprocesses II, 450.
Zweckmäßigkeitsprincip I, 37.
Zwischenerkenntniß II, 171.
Zwischenhandlungen II, 416 fg.

Druck von F. A. Brockhaus in Leipzig.

Martin, Christoph,

Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes gehalten auf den Universitäten Göttingen, Heidelberg und Jena

Bd.: 2

Leipzig (1857)